This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Esta é uma cópia digital de um livro que foi preservado por gerações em prateleiras de bibliotecas até ser cuidadosamente digitalizado pelo Google, como parte de um projeto que visa disponibilizar livros do mundo todo na Internet.

O livro sobreviveu tempo suficiente para que os direitos autorais expirassem e ele se tornasse então parte do domínio público. Um livro de domínio público é aquele que nunca esteve sujeito a direitos autorais ou cujos direitos autorais expiraram. A condição de domínio público de um livro pode variar de país para país. Os livros de domínio público são as nossas portas de acesso ao passado e representam uma grande riqueza histórica, cultural e de conhecimentos, normalmente difíceis de serem descobertos.

As marcas, observações e outras notas nas margens do volume original aparecerão neste arquivo um reflexo da longa jornada pela qual o livro passou: do editor à biblioteca, e finalmente até você.

Diretrizes de uso

O Google se orgulha de realizar parcerias com bibliotecas para digitalizar materiais de domínio público e torná-los amplamente acessíveis. Os livros de domínio público pertencem ao público, e nós meramente os preservamos. No entanto, esse trabalho é dispendioso; sendo assim, para continuar a oferecer este recurso, formulamos algumas etapas visando evitar o abuso por partes comerciais, incluindo o estabelecimento de restrições técnicas nas consultas automatizadas.

Pedimos que você:

- Faça somente uso não comercial dos arquivos.
  A Pesquisa de Livros do Google foi projetada para o uso individual, e nós solicitamos que você use estes arquivos para fins pessoais e não comerciais.

- Evite consultas automatizadas.
  Não envie consultas automatizadas de qualquer espécie ao sistema do Google. Se você estiver realizando pesquisas sobre tradução automática, reconhecimento ótico de caracteres ou outras áreas para as quais o acesso a uma grande quantidade de texto for útil, entre em contato conosco. Incentivamos o uso de materiais de domínio público para esses fins e talvez possamos ajudar.

- Mantenha a atribuição.
  A "marca dágua" que você vê em cada um dos arquivos é essencial para informar as pessoas sobre este projeto e ajudá-las a encontrar outros materiais através da Pesquisa de Livros do Google. Não a remova.

- Mantenha os padrões legais.
  Independentemente do que você usar, tenha em mente que é responsável por garantir que o que está fazendo esteja dentro da lei. Não presuma que, só porque acreditamos que um livro é de domínio público para os usuários dos Estados Unidos, a obra será de domínio público para usuários de outros países. A condição dos direitos autorais de um livro varia de país para país, e nós não podemos oferecer orientação sobre a permissão ou não de determinado uso de um livro em específico. Lembramos que o fato de o livro aparecer na Pesquisa de Livros do Google não significa que ele pode ser usado de qualquer maneira em qualquer lugar do mundo. As conseqüências pela violação de direitos autorais podem ser graves.

Sobre a Pesquisa de Livros do Google

A missão do Google é organizar as informações de todo o mundo e torná-las úteis e acessíveis. A Pesquisa de Livros do Google ajuda os leitores a descobrir livros do mundo todo ao mesmo tempo em que ajuda os autores e editores a alcançar novos públicos. Você pode pesquisar o texto integral deste livro na web, em `http://books.google.com/`

UC-NRLF
$B 181 532

ESTUDOS

SOBRE O

CASAMENTO CIVIL

POR OCCASIÃO DO OPUSCULO DO SR. VISCONDE DE SEABRA
SOBRE ESTE ASSUMPTO

POR

A. HERCULANO

PRIMEIRA SÉRIE

LISBOA
TYPOGRAPHIA UNIVERSAL
RUA DOS CALAFATES, 110
—
1866

ESTUDOS

SOBRE O

CASAMENTO CIVIL

POR OCCASIÃO DO OPUSCULO DO SR. VISCONDE DE SEABRA
SOBRE ESTE ASSUMPTO

POR

A. HERCULANO

LISBOA
TYPOGRAPHIA UNIVERSAL
RUA DOS CALAFATES, 110

1866

HQ1019
P8 H4

PRIMEIRA SÉRIE

DAS TRADIÇÕES ANTIGAS DA IGREJA E DA NAÇÃO PORTUGUEZA ÁCERCA DOS CONSORCIOS ESTRANHOS AO SACRAMENTO DO MATRIMONIO

INTRODUCÇÃO

O opusculo do sr. visconde de Seabra, destinado ao exame e refutação do projecto de codigo civil, na parte relativa ao casamento como saíu das mãos da commissão revisora, e á sustentação do projecto primitivo, desde logo achou, entre os membros da dissolvida commissão, mais de um individuo que saísse em defesa d'esta. Dous dos jurisconsultos que a ella pertenceram e que com mais perseverança e zelo seguiram aquelles longos e tediosos debates de cinco annos; um, decano da faculdade de direito, experimentado no ensino do que n'essa sciencia ha mais elevado, mais digno das cogitações do sabio; outro, no vigor do seu energico talento, alimentado, dilatado por estudos, ao mesmo tempo variados e severos, acabam de penetrar, com o facho da critica nas mãos, n'aquelle labyrintho de doutrinas contradictorias, de conclusões inesperadas, de affirmativas contrarias aos factos, de idéas inexactas ou inexactamente expostas, com que, por triste fatalidade, um talento e um saber, grandes tambem, foram, não sei se esteiar, se arruinar de todo o carunchoso edificio da intolerancia.

Quando a milicia equestre sáe por este modo a repellir a invasão dos modernos Vandalos e Hunos, parece que seria licito ao legionario retrahir-se para o acampamento da civilisação, e, desafivelando o cingulo, esperar, tranquillo, sob o tentorio da liberdade, a infallivel victoria que ha-de seguir-se ao combate. Não é assim. Um antigo conde da milicia romana apparece-nos agora á frente das hostes barbaras. A guerra toma por isso novo aspecto. Cumpre que os legionarios não deixem só os vexillarios no campo. Quando um jurisconsulto e publicista como o sr. visconde de Seabra passa para os arraiaes da Inquisição, esse facto estrondoso restitue aos jurisconsultos e publicistas de sacristia os alentos e brios que começavam a faltar-lhes. O novo opusculo é um grito retumbante de guerra: novos pelejadores não tardam.

Nós todos os leigos, que iniciámos a resistencia, apertemos o cingulo, em vez de o desafivelar.

As accusações que o sr. visconde de Seabra formúla contra os seus collegas, a que chama da minoria, são das mais graves que se podem fazer a homens honrados, aos quaes se confiou certa missão publica. Accusa-nos de termos trahido o nosso dever, induzindo o governo a calcar aos pés, n'um projecto de lei, as disposições constitucionaes da Carta; accusa-nos de derramarmos ás mãos cheias sobre o paiz a immoralidade. Se a doutrina da commissão prevalecesse, a a innocencia dos costumes publicos desappareceria. De feito, os attentados contra o pudor; a seducção; o adulterio; o concubinato publico, insolente, devasso; o alistamento para a prostituição, feito á luz do meio-dia no recincto da choupana aldeã, onde não entra um raio de luz do evangelho, ou por entre a miseria dos desvãos e aguas-furtadas urbanos, aonde não ha quem leve um conforto da religião; a expo-

sição dos filhos legitimos, que é o grande, o fatal symptoma da dissolução da familia; todos esses crimes, com que a mulher é aviltada, e a vida moral domestica assassinada, são pouco vulgares entre nós. As estatisticas da policia, dos tribunaes, das prisões, das misericordias, dos hospitaes dão documentos irrefragaveis d'esse facto singular. O sr. visconde suppõe-n'o, por certo, assim: deve ter razão. Herodes da moral publica, a commissão revisora decretava a degolação de todos os innocentes que habitam desde a foz do Minho até a foz do Guadiana, extremos dentro dos quaes, felizmente, o artigo 6.º da Carta, limitando o excesso de poder do artigo 2.º da mesma Carta, encerrou o reino de Portugal, sem o que, os perversos intuitos da commissão ainda se estenderiam ás ilhas adjacentes, á Africa e á Asia. Fingindo pensar que a lei não podia compellir os cidadãos catholicos a receber um sacramento; que a lei não podia estabelecer inquéritos para averiguar quem era ou deixava de ser catholico; que não podia, ainda supposta essa classificação impossivel, forçar os proprios catholicos á frequentação dos sacramentos; que era absurdo e monstruoso derivar, na região externa do direito, a nullidade ou a validade do contracto de um peccado ou de um não-peccado; que, por outra parte, não lhe era permittido, pelo artigo 6.º da Carta, equiparar Buddha e Mafoma a Christo, nem deixar de attender a que para os catholicos a constituição da familia é um acto que depende forçosamente de um sacramento, a commissão caminhou aos seus damnados fins, rejeitando, *proh dolor*, a doutrina ácerca d'este contracto que se continha no projecto primitivo, substituindo-a pela que se encontra no projecto actual, e consagrando duas fórmas de casamento, ambas facultativas, a do casamento catholico e a do puro casamento civil. Assim, cada qual poderia recorrer áquelle que achasse consentaneo com os dictames da sua consciencia, em cujo foro, suppunha fingidamente a

impia commissão, a lei civil não podia intervir, que não podia devassar, sem manifesta infracção de um dos artigos constitucionaes da Carta, n'esta parte perfeitamente heterodoxa e contraria ao espirito e á letra das bullas dos summos pontifices que instituiram e dilataram a sancta Inquisição. Foi com isto que proclamámos a immoralidade escandalosa, que enthronisámos o scepticismo, que attentámos contra o pacto social; que dissemos ao povo «*a vossa crença é uma illusão: podeis trahil-a; podeis profanal-a livremente, e para que melhor o possaes fazer, aqui tendes os meios*» dando assim mais um documento do nosso velho e provado odio contra a religião. As crenças radicadas do paiz, a honestidade das mulheres, a sanctidade dos laços domesticos, tão severamente mantidas até hoje pelos indefessos trabalhos de certa parte do clero, desapparecerão. Os deuses ir-se-hão. Em logar d'isso, ao governo, que confiára da nossa probidade e intelligencia uma ardua missão, dissémos que estabelecesse como lei a dissolução da familia, a morte da fé, a diaria propinação ao povo de um veneno moral.

Eis do que nos accusa o sr. visconde. É só d'isto. São horrendos e complexos os nossos delictos. Cumpre, se tal é, que o paiz surja em peso para nos expellir do seu seio. Se não é; se o nobre visconde nos calumnia barbaramente, o paiz ha-de, por certo... esquecer-se dos desvarios de um dos seus primeiros jurisconsultos, de um homem notavel que tem bem-merecido d'elle; esquecer-se de um cego despeito, como nós todos os offendidos nos havemos de esquecer da calumnia, logo que tenhamos obtido o desaggravo que devemos a nós proprios, e que espero em Deus seja severo, inflexivel, inteiro, como a accusação foi injusta, infundada e atroz.

Na discussão do opusculo do sr. visconde, começarei por demarcar o campo onde, por ora, me encerro. A accusação de offensas á doutrina catholica, e virtualmente de heresia, e a delação de immoralidade recaem sobre todos os membros da commissão que fizeram maioria sobre este assumpto. Pertence-me a mim exclusivamente o escandalo de ter lembrado, n'uma carta publicada pela imprensa, a primeira que dirigi ao *Jornal do Commercio*, que uma especie de casamento civil, incompleto e brutal, mas válido aos olhos da lei, e — accrescentarei agora, visto que assim é necessario — válido aos olhos da propria igreja, ainda depois do concilio de Trento, existia na legislação civil do paiz, no direito vigente, e que a commissão não fizera mais do que mundificar esse direito das suas asquerosidades, torna-lo possivel para uma sociedade civilisada, derivando assim da jurisprudencia que atravessara todos os seculos da monarchia uma doutrina que se queria confundir com a de instituições estrangeiras. A existencia d'este facto, que eu invocava para mostrar que os neo-catholicos ou eram tão ignorantes que desconheciam as leis do reino, ou de tão insigne má fé que davam como novidade escandalosa o que era velho nas tradições juridicas do paiz, e o que mais é, nas tradições da igreja, foi combatida, e é combatida agora pelo nobre visconde, de um modo que vem provar irrefragavelmente quanto a reacção conhece pouco os tempos por que suspira. Não espanta isso nos antigos reaccionarios: os estudos serios não são o seu vicio. Mas que o sr. visconde, escriptor distincto, jurisconsulto singular, auctor do projecto primitivo do codigo civil, collocado na eminencia da jerarchia judicial, apenas passado para aquelle campo, quando ainda lá resoam os vivas de jubilo por essa notavel conversão, dê logo tão deploraveis documentos de leveza na apreciação historica do nosso velho direito, finja ser tão completamente estranho ao estudo das phases por que tem passado

a disciplina ecclesiastica, desconhecer tanto os antigos costumes, não entender a influencia mutua que exerceram em diversas epochas a jurisprudencia civil na canonica e a jurisprudencia canonica na civil; mostrar-se, em summa, n'uma unica e simples questão de historia juridica, tão pouco homem de sciencia, parece-me excesso de lisonja aos seus novos amigos, ou fervor immoderado de fazer penitencia dos seus passados desvios.

Principal co-réu n'uma obra de trevas, de corrupção, de irreligiosidade: réu unico de uma falsidade historica, buscarei defender-me das duas arguições. Das relações da constituição do estado com a doutrina que ácerca do casamento se estabeleceu no projecto da commissão, já disse, respondendo na imprensa periodica ao mais urbano dos nossos adversarios, o que podia dizer. Essa parte da questão está hoje entregue em melhores mãos que as minhas. Não tocarei em assumptos de direito publico, senão até onde elles poderem servir para elucidação da materia a que dedico estas paginas. Se, por outra parte, as exigencias da defesa me forçarem a desnudar as ulceras que corroem o corpo hierarchico da igreja, fal-o-hei com repugnancia; mas, em nenhum caso, a culpa será minha. Será d'aquelles que me tiverem constrangido a fazel-o, em desaggravo da propria honra e da honra dos meus collegas; será culpa dessa mesma parte do clero que nos argue em representações ineptas, e d'alguns pastores, que, esquecidos d'aquelles *canes muti* de Isaias, que S. Gregorio Magno queria tivessem sempre na mente os ungidos do Senhor, reunem subterraneamente synodos diocesanos de ganha-pães, lavadeiras e crianças, que deslindem as doutrinas catholicas, e firmem o seu gravissimo voto com as cruzes que cambaleiam, mal seguras, n'um dilatado calvario.

I

Começarei pelo facto que o sr. visconde suppoz poder-me contestar mais plausivelmente, o da sancção dada pelas nossas antigas leis a uma especie de casamento civil. É importante sempre que a legislação nova signifique antes um aperfeiçoamento da antiga, do que uma doutrina ou recente, ou peregrina. Na questão, porém, que actualmente se debate na imprensa de todo o paiz, essa circumstancia tem, sem comparação, mais valor. Se a mesma doutrina legal já existia no reino, com poucas, ou antes nenhumas, restricções e garantias, sem dissolver a familia, sem desmoralisar a sociedade, sem que nossos paes vissem n'isso uma offensa á sua religião, é inepto e absurdo dizer que essa mesma doutrina, despida do seu principal defeito, a clandestinidade, rodeiada de formulas e garantias, conservada apenas para manter uma liberdade dos cidadãos que o direito publico não permitte seja offendida, ha-de produzir os males que não produziu n'um estado imperfeito e desordenado, e sem a justificação de uma necessidade absoluta, e ha-de, além d'isso, ser offensiva da religião do estado, quando não o foi nos seculos

em que essa religião era exclusiva, e não existia a liberdade de consciencia.

O direito de constituir a familia é um direito primordial, originario. Nenhuma sociedade regular pode deixar de manter o livre exercicio d'elle a todos os cidadãos. A acção da lei limita-se a determinar as formulas civis de que se ha-de cercar o exercicio desse direito, para dar garantias, tanto aos interessados n'elle como á sociedade, de que effectivamente foi exercido: pertence-lhe, tambem, definir as consequencias civis que delle hão-dé resultar. Como por outra parte, para se constituir a familia é preciso que dous individuos, homem e mulher, o queiram, o mutuo consenso dos dous é indispensavel para que a familia se constitua. Mas o consenso de dous individuos que se associam para exercer um direito commum a ambos, com mutuas obrigações, é um contracto. Estes principios são simples, absolutos, indisputaveis. Verdadeiros na China ou na Australia, na Siberia ou na Terra Nova, na Russia ou na Hespanha, em Portugal ou na Suecia, se houver n'alguma parte do mundo leis que os contrariem, essas leis serão absurdas, juridicamente impossiveis, destinadas a perecer ás mãos da civilisação. São principios verdadeiros no meio de quaesquer crenças, de quaesquer costumes, de quaesquer doutrinas. Ficam tão verdadeiros contradictos como affirmados, mantidos como desprezados. Teem o caracter de todas as verdades absolutas. O que os nega não os nega a elles, nega-se a si, porque nega uma parte da essencia do homem, da sua natureza; nega a humanidade, que se torna impossivel no tempo sem o uso desse direito, sem a celebração desse contracto. A contradicção ou o scepticismo n'este assumpto não chega a ser erro; é um symptoma de affecção cerebral. Torna-se uma questão médica.

Na região das doutrinas universaes, absolutas, o consorcio

do homem e da mulher é, portanto, um facto exclusivamente juridico. Era-o antes de haver christianismo, e se não o pode ser depois d'elle, é porque o christianismo é eterno. É facto exclusivamente juridico em toda a parte onde ainda a luz do evangelho não allumia a maioria das populações, isto é, na maior parte da superficie do globo. Ahi, as crenças podem, pelos ritos, associal-o a si: as leis podem dar valor de formulas civis a taes ritos. São abusões ennevoando a realidade. O que nem as crenças nem as leis podem é crear o direito que o facto representa, inventar o contracto que o realisa. Preexistiam.

Mais ou menos precisa e desenvolvidamente, a civilisação romana comprehendeu-o assim. O casamento era para os romanos um contracto puramente civil na sua essencia. Já na discussão da imprensa periodica o adverti, e ninguem, que eu saiba, contestou o facto. Ahi mostrei como necessariamente os primeiros christãos conciliavam a existencia do sacramento, destinado a sanctificar os consorcios, com a existencia do contracto civil, acceitando ambas as cousas, isto é, fazendo aqui o contracto, recebendo lá o sacramento. Vencido o paganismo, tornado o christianismo religião do estado, a distincção entre o contracto, que as leis regulavam, e o sacramento, que o sanctificava, continuou a subsistir. O mutuo consenso, provado pelo testemunho de pessoas affectas aos conjuges, bastava, segundo a lei de 428, inserida no Codigo Theodosiano, para tornar válido o casamento, sendo contrahido entre pessoas de elevada condição, ainda quando lhe faltassem todas e quaesquer outras formulas e requisitos da celebração de nupcias [1]. Do Codigo Theodosiano

[1] Cod. Theod L. 3 Tit 7. l. 3. Veja-se o commentario de Gothofredo a esta lei, onde se nota que em todo o Codigo Theodosiano não ha uma unica passagem d'onde se infira a necessidade do sacramento para a validade do matrimonio.

esta lei passou para o de Justiniano, que ainda a ampliou, estendendo a mesma doutrina ao consorcio de todas as pessoas livres [1]. A experiencia, porém, mostrou que era preciso mais alguma cousa do que proclamar o principio de que o casamento, considerado á luz do direito civil, nada mais era do que um contracto, e que, portanto, a sua validade só dependia de um facto, o mutuo consenso dos contrahentes. Era preciso que ficassem vestigios permanentes do facto, de modo que esse mutuo consenso podesse a todo o tempo provar-se. Em consequencia disso, Justiniano modificou o codigo n'uma lei posterior [2]. Recordando o antigo principio de direito, de que a validade do casamento derivava tão somente da commum vontade dos conjuges [3], o imperador pondera os abusos que resultavam de se admittirem provas insufficientes para confirmar o facto. Bastava que quaesquer testemunhas, verdadeiras ou falsas, dissessem que os conjuges se tractavam por marido e mulher para serem havidos por taes [4]. Essa circumstancia mostra bem que a lei civil não forçava ninguem a receber o sacramento, e que este era um acto religioso á parte, de cujos vestigios se não fazia uso legal. Legislador christão, dominador absoluto de um povo já convertido ao christianismo, Justiniano poderia recorrer ao sacramento para por meio delle dar publicidade e solemnidade ao matrimonio. Não o faz, porém; antes, servindo-se até certo ponto da igreja para obter o fim que se propõe, conserva ahi mesmo ao contracto a sua indole exclusivamente civil. O imperador divide os subditos do imperio em tres classes: nobreza, classe media, e plebe. Os individuos da primeira hão-de celebrar um contracto antenupcial, que ficará servindo de prova do consorcio; os da

[1] Cod. Just. L. 5. Tit. 4 *De Nuptiis*. l. 22.
[2] Just. Novel. 74 c. 4.
[3] Ex *solo* affectu valeant et *rata* sint: Ibid.
[4] Ibid. § 1.

segunda hão-de ir a uma igreja, a um logar de oração. Receber o sacramento? Não; o pio imperador não pensa em tal. Hão-de ir declarar que casam ao *defensor*, funccionario secular incumbido de defender em juizo os direitos da igreja, o qual lhes passará um titulo do contracto, com intervenção de tres ou quatro *clerici* (ministros do culto, quer com as ordens sacras, quer não). Quanto á plebe; lavradores, soldados etc. podem casar com mulheres da sua condição, sem intervenção de nenhuma auctoridade e por simples accordo vocal [1].

Esta legislação vigorou no imperio do oriente até o reinado do imperador Leão VI fallecido em 911, que ordenou não fosse válido nenhum casamento sem a sanctificação da igreja [2], disposição que Aleixo Comneno tornou, só dous seculos depois, extensiva ao casamento dos escravos. No occidente, foram as capitulares de Carlos Magno que estabeleceram o mesmo preceito, e que determinaram as solemnidades externas e as condições civis com que os casamentos haviam de ser celebrados [3]. As constituições dos imperadores gregos tornavam expressamente nullos os matrimonios contrahidos contra as disposições d'ellas; mas se as capitulares de Carlos-Magno tinham o mesmo effeito é questão que ainda se ventila. O que é obvio, tanto n'um como n'outro caso, é que o matrimonio era exclusivamente regido, quanto ao contracto em si, e quanto ás suas condições e effeitos, pelo poder temporal, e que este até dispunha de um sacramento, como de uma cousa cujo uso podia ordenar ou prohibir.

[1] Ibid. 31.
[2] Leon. Novel. 89.
[3] Capitular. 1 ann. 802 art. 35. Baluz. Angesili et Benedicti Collect. L. 6 n. 130, 327, 408, L. 7 n. 179 etc.

E a igreja? Estas phases da jurisprudencia passavam, estas varias providencias para ir cerceiando abusos e rodeiando de solemnidade e publicidade a constituição da familia, tomavam-se na presença d'esses homens grandes, a que chamamos os padres da igreja e a que, se a phrase não fosse pagã, poderiamos chamar os semi-deuses dos tempos heroicos do christianismo; d'esses varões fortes, que não costumavam titubear diante das angustias e da morte, quando se tractava de conservar impolluta a religião do Christo. Que os neo-catholicos apontem os protestos dos concilios, dos pontifices, dos bispos dos primeiros seculos, tanto contra as leis que tornavam independente a validade dos consorcios da celebração dos ritos religiosos, como contra aquellas que convertiam a benção do sacerdote em instrumento de policia temporal. Se não os fizeram, é que não podiam prevêr que o edificio espiritual do Nazareno havia de ser aperfeiçoado pela superioridade da sabedoria de certa seita moderna.

A igreja o que fazia era conservar pura e intacta a tradição apostolica. Ao christão não era licito esquecer que Christo instituira, como expressão sensivel de uma graça divina, sanctificadora da união conjugal, o sacramento do matrimonio. Todo o christão era obrigado, quando constituia a familia, a sollicitar aquelle sacramento. O que não o fazia peccava. Para reparar o peccado, tinha ella a penitencia, e o réu o arrependimento: para o impenitente pertinaz tinha o castigo, mas castigo que dilacerava a consciencia, não os membros.

N'um livro, este assumpto comportava largos desenvolvimentos. Não os comporta n'um opusculo que a boa solução de uma questão actual e instante sollicita. Venhamos já á nossa Hespanha. Nas Hespanhas a raça celto-romana, subju-

gada pela raça germanica, não conhecia outro direito senão o theodosiano, mais ou menos alterado no *Breviarium* de Aniano, ao passo que os conquistadores se regiam pela *Lex wisigothica antiqua*, conhecida ha poucos annos pelo fragmento que Blume publicou. Já então o direito romano tinha tido grande influencia n'esse codigo barbaro, mas o que é provavel, por motivos que seria longo expôr aqui, é que fosse a legislação de Justiniano que influisse mais n'elle. Quando as duas raças se fundiram, a fusão manifestou-se na unificação do direito. O Codigo wisigothico appareceu, e é n'este que devemos buscar, com referencia aos tempos immediatamente anteriores á invasão dos mouros, o estado dos costumes, relativamente ao casamento, na sociedade de que a nossa proveiu. Ha duas passagens n'esse codigo que indirectamente nol-o revelam.

« Se constar evidentemente que algum presbytero, diacono, « ou ainda subdiacono, se ajunctou, *ou por casamento, ou por* « *adulterio* [1], com viuva penitente, com virgem ou com outra « mulher secular, o bispo *ou o juiz* não tardem a desfazer « tal união [2]. »

É uma lei contra a quebra do celibato do clero: esta lei presuppõe dous modos de o quebrar, ou pelo casamento (*conjugium*) ou pelo concubinato (*adulterium*); mas não póde presuppôr que o clerigo de ordens sacras casasse á face da igreja: logo existia o casamento civil do direito romano, que era a principal fonte do Codigo wisigothico. Este

[1] *Adulterio* no codigo wisigothico não tem a significação restricta que hoje lhe damos. Exprime toda a especie de tracto illicito com mulheres, a prostituição, o concubinato e o adulterio. Vejam-se especialmente as leis 16 e 17 do L. 3 tit. 5.

[2] Cod. Wisig L. 3 tit. 5, l. 18.

direito tinha entrado nos costumes de Hespanha com as colonias e com a civilisação romanas.

No livro XII, a cujo conteúdo podemos dar o nome de tyrannia feita lei, e que é quasi exclusivamente destinado a opprimir os judeus, lê-se o seguinte:

« Se algum judeu ou judia, recentemente baptisados, [1] « quizerem celebrar nupcias, não lhes permittimos que o fa- « çam, senão, *ou* precedendo a convenção preliminar de dote, « *o que por proveitosa instituição está estabelecido para os* « *christãos, ou* recebendo a benção sacerdotal no seio da « sancta igreja [2]. »

Os christãos são como os membros da primeira classe de cidadãos romanos da legislação de Justiniano. A lei temporal não os obriga senão ao casamento civil, com a escriptura ante-nupcial. Os judeus convertidos poderão usar da mesma liberdade, mas, não querendo ou não podendo fazer escriptura, hão de forçosamente receber o sacramento. O que se excluia, pois, n'esta restricção? Era obviamente a faculdade que tinha a plebe, pelo direito romano, de casar por simples consenso verbal, visto que o homem d'esta classe, a maior parte das vezes, não possuiria com que constituir dote, e que os servos, que pertenciam a ella, nada podiam possuir como proprio. O judeu converso ficava inhibido d'essa especie de casamento.

O Codigo wisigothico foi a lei civil com que Portugal co-

[1] *Noviter renati.* Na edição de Lindenbrog esta lei é pouco intelligivel e até absurda, pela falta da palavra *renati*, restituida na edição da Academia de Madrid, á vista dos codices de Hespanha.

[2] Cod. Wisig. L. 12 tit. 3 l. 8.

meçou a sua existencia politica: o direito ahi contido era o que regia os territorios de Leão onde se fundou a monarchia; e era o que regia as populações christãs ou mosarabes que habitavam nas provincias mussulmanas successivamente conquistadas aos sarracenos até a foz do Guadiana. Depois veremos como os costumes mantiveram entre nós o casamento civil romano e wisigothico.

Voltemo-nos agora para a igreja.

Como já disse, a igreja dos primeiros seculos não tinha protestado contra as constituições dos imperadores e principes christãos que conservavam as tradições do direito anterior sobre o caracter essencialmente secular do contracto matrimonial, nem, depois, contra a especie de invasão que elles fizeram nos dominios espirituaes, ordenando a applicação do sacramento como garantia civil. Quando, porém, era interrogada sobre a validade que deviam ter, ou se cumpria manterem-se como contractos entre os proprios fieis esses consorcios, que o sacramento não sanctificara, não hesitava em responder, pela bocca dos papas, que eram válidos e obrigatorios, e que o serem contrahidos com manifesto esquecimento da sanctificação religiosa não podia servir de pretexto aos conjuges para quebrarem a fé mutuamente promettida ou jurada.

O papa Nicolau I, respondendo aos bulgaros, que o consultavam em 866 sobre os ritos sacramentaes do matrimonio na igreja do occidente, depois de descrever esses ritos, accrescenta: « mas se faltar alguma d'estas circumstancias, não se « segue d'ahi que n'isso haja necessariamente um peccado, « como vós imaginaes, na igreja grega. Fazer todos esses pre« parativos não cabe ás vezes nos recursos da pobreza, *e é « por isto que bastará, em conformidade das leis* (civis), *o mu-*

« *tuo consenso, nos consorcios d'aquelles de quem fallaes* [1]. »
Nicolau I accreditava, pois, que onde e quando as circumstancias obstassem á celebração do casamento religioso, os fieis podiam contrahir um matrimonio civil.

O papa Adriano II, successor de Nicolau, consultado sobre o casamento de dous individuos que tinham, *sem intervenção de sacerdote algum*, contrahido matrimonio, com assenso e applauso de parentes e amigos, mas ácerca de cuja validade recresciam duvidas, escreve ao respectivo bispo: « para « que não soffra — diz o pontifice — que tal consorcio se « desfaça, uma vez que tenha sido contrahido *em conformidade « das leis*, só porque não foi feito na presença de um sa- « cerdote [2]. »

Alexandre III, aquelle que sanccionou a separação e independencia de Portugal de Léão, sendo tambem consultado pelo bispo de Norwich sobre a validade de um casamento, contrahido sem estar presente nenhum sacerdote e sem nenhum dos ritos usados na igreja anglicana, o qual o marido desfizera, para tomar outra esposa conforme os ritos da igreja (*solemniter*), ordena que o marido volte para sua primeira mulher, uma vez que se houvessem proferido entre elles palavras de presente; isto é, se o consenso mutuo se houvesse effectivamente dado, embora não tivesse havido cohabitação [3]. »

Innocencio III diz a um bispo: — « Perguntas-me se bastam *palavras unicamente*, e quaes palavras bastam, para se conttrahir matrimonio. Respondo á pergunta, que o matri-

[1] Labbe, Concilior. Collect. T. 8 col. 517.
[2] Baluz. Miscell. Vol. 5 p. 488.
[3] A. August. Collect. Decretal. antiq. p. 103.

monio se contrahe, na verdade, pelo legitimo consenso; mas *pelo que toca á igreja*, são necessarias palavras que exprimam o consentimento presente [1]. »

As Decretaes estão cheias de declarações analogas, d'estes e d'outros pontifices. Das diversas resoluções dos papas, até Gregorio IX, se vê que, embora mais ou menos irregulares, os casamentos feitos sem as solemnidades da igreja eram reputados válidos. Tal era o contrahido sem testemunhas, mas confessado pelos contrahentes: tal era o que resultava da cohabitação, precedida de esponsaes, tacitos ou expressos, a que se chamou casamento clandestino presumido [2]. Entre os válidos contava-se, até, o da mulher tomada á força, que continuava a cohabitar voluntariamente com o forçador [3]. Assim, Graciano resumia a doutrina canonica sobre este assumpto nas seguintes palavras: « O casamento válido, porém não legitimo, é o d'aquelles esposos que, desprezadas todas as precedentes solemnidades, só por amor se ligam a a qualquer mulher [4]. »

Se a commissão revisora do codigo, estabelecendo, em attenção á liberdade de consciencia, o casamento civil facultativo, diz aos catholicos — « *a vossa crença é uma illusão: podeis trahil-a, e para que melhor o possaes fazer ahi tendes os meios,* » como se traduzem, que alcance tem estas declarações solemnes, feitas pelos pontifices ao orbe christão, de que, aos olhos da igreja, não os individuos extranhos a ella, mas os proprios fieis podem constituir a familia válidamente, sem dependencia dos ritos sagrados, sem de-

[1] Decretal. Gregor. IX. Tit. De spons. et matrim. c. 25.

[2] Vejam-se os dous titulos das Decretaes —*De sponsal. et matrim.* e *De clandest. desponsat.* — *passim.*

[3] Cap. 21 *extra*, *De sponsalib.*

[4] Gratian. — Caus. 28 glos. 5.

pendencia de publicidade, sem dependencia das leis, embora não legitimamente em relação á disciplina catholica?

Não quiz citar concilios: era baldado. Para os neo-catholicos a infallibilidade dos papas é dogma de fé. Os concilios foram uma sobejidão na igreja, uma inutilidade no mechanismo da sociedade christã, e toda a roda inutil, em qualquer mechanismo social, é má. Se aos neo-catholicos resta um vislumbre de logica, a auctoridade dos concilios não seria sómente vãn para elles; seria suspeita. Se fazem excepção a favor do tridentino, é por graça especial. Teremos occasião de saber porque a fazem. Mas as decisões d'aquelles papas da idade media, mais impios ainda, segundo parece, do que os membros da maioria da commissão revisora, valem, pelo menos, tanto como as dos papas recentes. Descubram-se, que vai passando a infallibilidade do papa!

II

Vimos como o Codigo wisigothico, que vigorou na monarchia leonesa, e em Portugal nos primeiros annos da sua existencia politica, como corpo de leis geraes, não alterou ás doutrinas do direito romano sobre os consorcios, e que legalmente estes eram válidos, contrahidos sem sacramento, entre as classes elevadas e ainda entre os plebeus e servos, que, não tendo meios de fazer a escriptura ante-nupcial, deixavam aliás de celebrar, fosse porque motivo fosse, o casamento religioso. Vimos, por outra parte, a igreja declarar válidos taes consorcios, embora fossem illegitimos, considerados em relação á doutrina catholica da indispensavel acessão do sacramento ao contracto. D'esta situação legal resulta acharmos nos monumentos particulares e nos foraes e costumes municipaes dos seculos XII e XIII bastantes vestigios da existencia simultanea dos casamentos de *benção* (de *benedictione*) e dos de publica fama (*conhoçudos*). O sr. visconde reconhece essa existencia, embora supponha erradamente com o auctor do elucidario que a denominação de *recabdada* (recatada) a qual se dava ás mulheres casadas tanto de um como

de outro modo, em contraposição ás de *barragania* ou concubinas, era só applicavel á mulher de benção. Os fóros de Cima-Coa, que breve tem de ver a luz publica, subministram-nos ainda uma especie de casamento medio entre o de benção e o de fama publica, o *casamento de juras*, em que o mutuo consenso dos contrahentes era firmado com juramento perante qualquer ministro do culto (*in manu clerici*), mas em que não se dava o sacramento, porque, n'esses fóros, é considerado como diverso e inferior ao de benção. Á mulher que casava á face da igreja chamava-se *velada*, em consequencia, talvez, do rito, então geral, de se cubrirem com um véu as cabeças dos nubentes quando se lhes administrava o sacramento, rito ainda usado em França e, pelo menos, n'algumas dioceses d'Hespanha. Este rito, conforme se vê dos escriptores dos primeiros seculos, remontava ás origens do christianismo.

Admittida a existencia d'estes factos, venhamos ao exame do seu valor juridico, em relação ás leis civis posteriores, para se poder avaliar bem a *novidade escandalosa* com que a impia maioria da commissão revisora, conspirada com os christãos primitivos e com os antigos papas, quiz deitar a perder o catholicismo d'este paiz.

Uma lei das côrtes de 1211 estabeleceu, como maxima reguladora, que, quando se désse antinomia entre o direito do reino e o direito canonico, preferissem os canones ás leis civis. Aquella maxima, que, na successão dos tempos, a religiosidade do absolutismo havia de substituir pela maxima contraria, teve de certo grande influencia na duração e generalisação dos consorcios alheios á benção da igreja. Esta mantinha com rigor as doutrinas parallelas da necessidade do sacramento, com as suas formulas rituaes e condições disciplinares, e da validade dos consorcios sem o sacramento,

sem as formulas, e sem uma parte d'essas condições. Partia-se da idéa de que a illegitimidade não era o mesmo que a nullidade. Esta idéa procedia da confusão que reinava nos espiritos relativamente á natureza e indole da sociedade religiosa e da sociedade temporal. Nem essa confusão admira nas trevas da idade media, quando os nossos neo-catholicos, por ignorancia ou por má fé, buscam mantê-la no meio do seculo XIX. O facto que os bispos e prelados memoravam em Trento, de ter a igreja condemnado sempre os casamentos clandestinos, isto é, sem as formulas instituidas por ella, e de os reconhecer ao mesmo tempo como válidos e obrigatorios explica-se, a meu ver, por duas circumstancias: de uma parte, pela absorpção que, ao menos doutrinalmente, Gregorio VII fizera da vida temporal na vida espiritual: da outra pelo estudo do direito romano como sciencia, estudo fundado em Italia, no seculo seguinte ao de Hildebrando, por diligencia de Irnerio. O gosto que reinava pela nova sciencia, e a veneração que todos os homens instruidos tinham pelas maximas dos jurisconsultos romanos, deviam estender-se ás que diziam respeito á constituição da familia. Em geral, os papas do seculo XII e XIII devem contar-se entre os individuos de maior cultura intellectual do seu tempo. Innocencio III, sobretudo, era um homem de genio, como o fôra Gregorio VII; e é nas epistolas de Innocencio III que apparece mais completa e precisamente concebida a doutrina do consorcio illegitimo e válido. E, todavia, era elle proprio quem, no IV concilio geral de Latrão, ordenava a publicação dos banhos nos casamentos feitos á face da igreja e decretava penas canonicas contra os que se casavam fóra d'ella. Compellia o christão a observar os preceitos catholicos, mas affirmava ao mesmo tempo que o direito do contracto conjugal não deixava de existir para os que não os observassem. Organisado, emfim, nas Decretaes o systema da jurisprudencia canonica, a igreja não achou outra formula

para exprimir o acto da constituição da familia, senão a de direito romano. [1]

E que importava, se, aos olhos dos papas, a sociedade civil não era senão uma prolação, ou antes uma imagem grosseira da sociedade cathólica, como a escrava reproduz, por ter vulto e gesto humanos, a imagem de sua senhora? O direito e as formulas civis eram a manifestação da sociedade serva, do mundo temporal: o dogma, o sacramento, o rito eram a manifestação da sociedade espiritual, livre. Affirmava-se assim a existencia simultanea da escrava e da senhora. A escrava era vil; mas era. A igreja dominava tudo: o papa dominava a igreja. Gregorio VII, o Christo dos neo-catholicos, tinha, um seculo antes, achado a expressão mais completa do orgulho sacerdotal. « Se a séde de S. Pedro, — dizia o terrivel pontifice — resolve e julga as cousas celes-« tes e espirituaes, acaso não resolverá e julgará as terrenas « e seculares? Dando a S. Pedro o direito supremo de ligar « e desligar no céu e na terra, Deus não exceptuou ninguem, « a ninguem isentou da sua auctoridade: submetteu-lhe to-« dos os principados, todos os poderes do orbe. O chefe « dos apostolos foi assim constituido por Christo, o rei da « gloria, senhor de todos os reinos do mundo. Quem recusa « obedecer á sé apostolica é um gentio, e os soberanos per-« dem a dignidade real, se tem a ousadia de desprezar os « decretos da sancta sé apostolica. Os reis e os principes « provêm de homens que, desconhecendo a divindade, e « inspirados pelo diabo, trabalharam em dominar os seus « semelhantes, ao passo que o papado creou-o a Providencia

[1] O casamento é definido nas Decretaes (L. 2, Tit. 23, C. 11) *maris et feminæ conjunctio, individuam vitæ consuetudinem retinens*, e nas Institutas de Justiniano (L. 1 Tit 9) *viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

« por honra sua, e deu-o ao mundo por um acto de mise-
« ricordia. » [1]

Era fundado n'esta theoria que Gregorio VII depunha o imperador de Alemanha, Henrique IV, e ameaçava vir a Hespanha castigar o inimigo da religião, o rei Affonso VI, cego pela affeição da rainha Constancia, a quem o papa chama devassa (*perditam feminam*) e pelos conselhos do cluniacense Roberto, a quem chama membro do diabo [2] Offereço ao sr. visconde de Seabra e aos seus novos amigos estas amenidades pontificias, em testemunho de agradecimento pelas injurias colericas e brutaes de Luthero que poz á nossa disposição. Muito obrigado. Não era preciso. Temos na eloquencia official da chancellaria romana obra mais bem acabada. Preferimol-a. Bastaria para isso a singularidade de ser uma cousa obtida de graça em Roma.

Quando os reis se descuidavam de que esse poder absoluto, illimitado, omnimodo, existia, succedia-lhes o que succedeu ao infeliz Sancho II. Affonso III, que, por intervenção de Innocencio IV e do clero, lhe preparara a queda, não se esqueceu d'aquelle poder, senão quando viu que o podia fazer sem perigo. Felizmente para elle, na questão do matrimonio, os costumes do reino e as tradições do direito wisigothico coadunavam-se com a lei de seu pae, feita nas cortes de 1211, sobre a supremacia dos canones, e com as doutrinas relativas a tal materia manifestada nas declarações dos pontifices. É d'este principe a primeira lei sobre o assumpto :

« Todos os casamentos se podem fazer por aquellas pala-
« vras que a sancta igreja manda, comtanto que (*a tando que*)

[1] Gregorii VII Epistol. L. IV ep. 26, 2, 23, 24—VII, 6—I, 63—VIII, 21, etc.

[2] Gregorii VII Epist, apud Aguirre Concil. T. 4. p. 447.

«sejam taes (*os contrahentes*) que possam casar sem pecca-«do. E todo o casamento que poder ser provado, quer seja «(feito) a occultas (*a furto*) quêr em fórma publica (*conhoçu-«damente*) *valerá*, se os que assim casarem forem de idade «legitima, *como é de costume*. [1] »

Evidentemente a lei de Affonso III não se refere ao casamento celebrado á face da igreja, ao matrimonio sanctificado pelo sacramento. A lei decreta sobre a validade dos consorcios, e põe-lhe duas excepções, que os tornam prohibidos — o peccado, isto é, a hypothese de haver parentesco, em grau dirimente, entre os contrahentes, a existencia de votos ou de ordens sacras etc. e a menoridade, que não os tornava nullos por direito canonico. É absurdo imaginar que essa lei vinha contrapôr-se á da igreja, ou restringil-a em materia de sacramento. Tractava, pois, dos casamentos clandestinos, que, como a lei diz, estavam nos costumes, e que, além disso, estavam validados nos canones, que a lei de 1211 manda respeitar sobretudo. Ha, porém, n'isto duas circumstancias que precisam de explicação.

A primeira é a disposição de serem feitos, os casamentos a que se refere a lei, por aquellas palavras que manda a sancta igreja. Não indicará isto o casamento religioso? Não. Acabamos de vêr que a igreja attribuia a si um poder omnimodo. Os papas, como tambem vimos, tinham legislado para os consorcios em que não intervinham as solemnidades religiosas. As *palavras de presente* eram uma das condições que alguns delles tinham posto á validade de taes consorcios. Essas *palavras de presente* apparecem mencionadas frequentemente, além do texto de Innocencio III que já citei,

[1] Portugal. Monum. Hist. (Leges et Consuetud.) Vol. 1 p. 262 (Aff. III Lei 85) — Dou o equivalente da lei em palavras modernas para facilitar a sua intelligencia.

em outras disposições canonicas sobre este assumpto. Quaes ellas eram, di-lo uma decretal de Alexandre III. Declarando que os casamentos são indissoluveis, ou se façam perante um sacerdote, ou perante um notario, indica as palavras com que se devia exprimir o mutuo consenso — *Recebo-te por minha: recebo-te por meu.* [1] É a isto claramente que allude a lei d'Affonso III.

A outra circumstancia é chamar eu clandestinos a todos esses casamentos de que a lei tracta, embora ella se refira, não só aos occultos, mas tambem aos publicos. Fallo a linguagem da igreja. Casamentos clandestinos eram todos aquelles que não se faziam com os ritos sagrados e no templo. Já Tertulliano dizia: « Entre nós (os christãos) os consorcios « occultos, *isto é*, sem serem solemnisados perante a igreja, « correm risco de ser havidos como prostituição.» [2] Desde o consorcio occultamente feito por dous contrahentes, com protesto de mutua fidelidade: mais; desde os simples esponsaes seguidos de cohabitação até os casamentos que se faziam com testemunhas e perante um clerigo, mas sem ser no templo e sem as formulas e regras determinadas pelos rituaes, todas essas uniões eram válidas. A lei de Affonso III o que faz é accrescentar á validade que n'elles reconhecia a igreja a legitimidade puramente civil. Eram os costumes, como o rei diz; era a praxe e a tradição que o obrigavam a isso.

Ha outra lei do mesmo principe, não menos importante, porque nos mostra como a doutrina em que assenta a Ordenação, ainda em vigor, do Liv. 4 Tit. 46 § 2, remonta aos primeiros seculos da monarchia. N'esta lei, que, por de-

[1] Ego te recipio in meam, et ego te in meum: Labbe, Concilior Collect. T. X col. 1574.

[2] Tertull. De Pudicitia L. 2 c. 4. Veja-se Le Ridant *Examen de deux questions importantes sur le Mariage* pag. 115 e segg.

masiado longa e na maior parte inutil para a questão, não transcreverei aqui [1] apparece, pela primeira vez, legalisado o costume do reino de se fazerem os casamentos por carta de ametade, embora pelos costumes especiaes de alguns concelhos se devessem fazer por arrhas. Estabelece-se ahi como regra, que quaesquer doações ou dadivas entre homens e mulheres, fosse qual fosse o grau de intimidade que entre elles houvesse, não sejam revogadas ou repetidas em caso algum. A mesma regra é applicavel aos que entre si contrahiram simplesmente esponsaes. Se, porém, aos esponsaes se seguiu cohabitação, o direito é outro. As dadivas feitas antes d'ella, quando algum dos dous morrer, serão consideradas como bens de casal, ficando o vivo meeiro, e dando a outra meação aos filhos que tiverem, ou aos herdeiros do fallecido. [2]

Eis-aqui a fonte primitiva do § 2.º do Tit. 46 Liv. 4 das Ordenações do Reino. É obviamente o casamento clandestino presumido, declarado válido pelos papas, a que Affonso III dá, em relação aos bens, os effeitos temporaes de outro qualquer casamento. É a lei civil harmonisando-se com a canonica: é o principio do mutuo consenso, independente da cohabitação, mas provado por ella: é o direito eterno da liberdade humana em uma das suas manifestações, o contracto. Ás sociedades pertence determinar as fórmas e condições do exercicio do direito, e os seus effeitos na vida social: é licito ás crenças exigir dos respectivos sectarios que a esse exercicio, no contracto conjugal, se associem ritos religiosos. A sociedade civil póde negar os fóros de cidade aos factos que representam aquelle direito, quando não se amoldarem ás condições que ella lhes impoem: a crença póde considerar como culpado o sectario que recusa sub-

[1] Portugal. Monum. Hist. (Leges et Consuetud.) Vol. 1 p. 257, 258 (Aff. III, Lei 71).
[2] Ibid.

metter o contracto aos ritos. O que nem as sociedades, nem as crenças pódem é supprimir o principio juridico fundamental dos consorcios, o mutuo consenso; porque não podem supprimir a liberdade; porque não podem supprimir o homem.

Era má essa apparente laxidão da igreja e do estado ácerca d'esta materia durante a idade media? Deixo por agora de o discutir. Suppondo que o fosse, tanto a igreja como o estado eram até certo ponto innocentes, porque os arrastavam os costumes. N'uma épocha em que a sciencia do justo e do moral era vacillante, e a sciencia da legislação balbuciava apenas, não admira que este reconhecesse effeitos civis na constituição da familia feita sem as necessarias garantias, e aquella affrouxasse a severidade da disciplina e disfarçasse, até, o peccado dos christãos que desprezavam o sacramento instituido por Jesus para sanctificar a união conjugal. Muito antes d'estas eras barbaras, quando ainda o brilho da civilisação e policia romanas não se tinha mergulhado no occaso, já um dos caractéres mais austéros da igreja, e a mais energica intelligencia da sua épocha, titubeava ante uma ordem de factos que se escudava com um principio juridico absoluto. «Costuma-se perguntar — dizia «S. Agostinho—quando um homem e uma mulher solteiros «se ajunctam, promettendo um ao outro mutua fidelidade, «não por causa de terem prole, mas só pelas delicias da «incontinencia, se a esta união se póde dar o nome de nup«cias. Na verdade póde-se, *talvez sem absurdo*, chamar a «isto casamento perfeitamente válido (*connubium*), se, até «a morte de um dos dous, elles mantiverem as suas mu«tuas promessas. [1]

[1] August.—De bono conjugali c. 5. Traduzo *connubium* por *casamento perfeitamente válido*, porque S. Agostinho era cidadão romano e exprimia-se, de certo, com a linguagem juridica da sua nação.

Que ignorantão era o bispo de Hippona, em materias de doutrina catholica, á vista de certos bispos e sacristas do nosso tempo!

Foi á torrente dos habitos, e á doutrina, tão poderosa na idade media, de que os costumes antigos constituiam a principal fonte do direito positivo; foi a essa doutrina, que nos apparece dominadora nas actas dos nossos velhos parlamentos; foi a esse protesto barbaro e confuso de que ao povo toca tambem um quinhão no exercicio da soberania, que D. Diniz obedeceu confirmando de modo mais explicito, na lei de 15 de maio de 1311, a legislação de seu pae sobre os casamentos presumidos. Ahi se invoca o motivo que suscitava a lei. O costume consagrou a doutrina de que, vivendo um homem e uma mulher sete annos continuos, cohabitando na mesma casa como conjuges, e na reputação de taes entre a vizinhança, seriam havidos como marido e mulher, e a união d'elles tornar-se-hia em casamento indissoluvel. O rei reconhece a omnipotencia do costume, e regista-o. O costume é direito.

Este costume, ou lei do povo, acceita pelo rei, citou-o o sr. visconde de Seabra, e parece indical-a como acto legislativo isolado, como um capricho de D. Diniz. O sr. visconde parece ignorar a existencia das leis correlativas de Affonso III, embora hoje estejam impressas, e ignorar que as leis d'esta ordem não eram senão a expressão de usos inveterados, que a propria igreja validava, apezar de os detestar, na phrase do concilio de Trento. Procedeu isto, a meu ver, da leveza com que o sr. visconde examinou aquelle monumento legislativo. Foi ella tal, que até se esqueceu de uma cousa elementar em chronologia, a differença da era de Cesar ao anno de Christo, e por isso pôz el-rei D. Diniz a legislar vinte cinco annos depois de morto. A lei de 1311, a que me refiro, é a mesma que o sr. visconde chama de

1349. Mas o que é mais grave é o modo como s. ex.ª entendeu o começo d'ella. Não era isso permittido á sua litteratura e á sua qualidade de jurisconsulto. Viu uma copia pouco exacta, e deturpou-a ainda mais com um desatino. A lei começa — *Costume he, dês hi he direito etc. Dês hi* ou *desde ahi* era uma expressão adverbial, vulgar nos seculos XIII e XIV para exprimir *portanto*. A lei diz em linguagem de hoje: *É costume, e portanto é direito*. O *dissi* que se lê no Livro das Leis e Posturas é um erro grosseiro de copia. O que eu acima disse sobre a omnipotencia dos costumes no direito civil está resumido n'essa phrase, que contém a razão da lei. O sr. visconde substituiu-a por uma cousa, meio latina meio portuguesa, que não sei o que é. Apagou assim a luz que podia allumial-o quanto ás antecedencias d'aquelle acto legislativo, e quanto á apreciação de outros analogos, subsequentes. De certo não o fez de proposito. Nesta parte, se eu posso ser fiador, fico pelo sr. visconde.

A phrase *Costume é, e portanto é direito*, não foi aqui uma formula singular. Acha-se no principio de varias disposições de direito consuetudinario dos primeiros reinados, que successivamente se foram lançando nos livros da chancellaria, para uso da *corte*, ou tribunal supremo do rei. Podem ver-se dous exemplos disso nas leis de Affonso III, tiradas hoje á luz publica das trevas dos archivos [1]. Outros se encontram posteriores a esses, além do que nos subministra a lei de 1311. Parece-me que um jurisconsulto como o sr. visconde de Seabra devia saber isto.

S. ex.ª não foi mais feliz com a citação da circular dirigida por Affonso IV aos prelados do reino em 1352. O sr. visconde faz-lhe dizer uma cousa que ella não diz. Foi, de

[1] Portugal. Monum. Hist. (Leges et Consuetud.) Vol. 1 p. 300—301, L. 192 e 194.

certo, precipitação: não foi má fé. Se um membro do supremo tribunal de justiça costumasse transtornar assim de má fé as disposições das leis, desligando-as do systema geral do direito, supprimindo a comparação entre os motivos dellas e os seus preceitos, a honra, a vida e a fazenda dos cidadãos corriam com isso mais risco, do que a religião e a moral hão-de correr com o casamento civil facultativo. Qual é a razão daquella circular? É a perturbação que traziam ao paiz a vida torpe e infrene do clero daquelle tempo e a frouxidão, ou antes connivencia, dos tribunaes ecclesiasticos, onde os ministros do culto, quer de ordens sacras, quer não, tinham o privilegio de serem julgados. Eis o que unicamente a motiva. Do seu preambulo não se póde deduzir outra cousa. O rei especifica successivamente os varios crimes perpetrados pelo clero, não se refere aos dos outros cidadãos, e indica aos bispos como hão-de reprimil-os e castiga-los, em conformidade dos canones. Entre esses delictos enumera-se o de serem muitas vezes casados clandestinamente os clerigos (os que não tinham ordens sacras) e depois valerem-se da clandestinidade para negarem, em juizo ou fóra delle, o casamento, e acolherem-se ao foro ecclesiastico. O que a tal respeito se diz naquelle extenso documento prova, em harmonia com a legislação anterior, que se reconhecia a validade do casamento clandestino; daquella especie de consorcio civil que então existia. Para obstar a que se aproveitassem do seu foro privilegiado, quando abusavam do casamento occulto ou presumido, o rei exclue-os dessa instituição, e quer que os bispos os constranjam, quando pretendem casar, a faze-lo á face da igreja perante o proprio parocho e um tabellião que registe esses consorcios. É uma providencia especial para uma circumstancia tambem especial. Assim entendida, a disposição da circular deriva dos seus motivos e corresponde perfeitamente a elles.

Sem duvida, quem não estiver habituado á linguagem confusa, e ás vezes de um luxo barbaro de phrases inuteis, que se encontra nos monumentos desses tempos; quem não attender á indole daquella providencia, nem, ao menos, ao que se segue á disposição sobre os casamentos, e que obviamente é só respectivo ao clero, crerá ver mais alguma cousa do que realmente se contem na circular; isto é, verá que *todos os recebimentos que se fizerem na freguezia se façam perante o parocho e o tabellião*, como soam as palavras da circular, se é que foi bem transcripta por quem a communicou ao auctor da Synopse Chronologica. Supponhamol-o. Ainda assim, a circular não se referiria a todos os consorcios, mas só aos feitos na igreja. Como se haviam de registar os casamentos *a juras?* Como se haviam de fazer perante o parocho e o tabellião os casamentos por simples palavras de presente, com ou sem testemunhas? Como, emfim, se registariam os consorcios por esponsaes e cohabitação permanente? Só supprimindo-os, invalidando-os, se impediriam. Mas, onde annulla Affonso IV o direito canonico em vigor na igreja universal? Onde calca aos pés a resolução das cortes de 1211? Onde deroga as leis de seu pae e de seu avô? Onde protesta contra a auctoridade, digamos assim, constitucional, dos costumes do reino? Qual é a sancção penal com que valida a sua resolução? Contra os clerigos tinham os bispos meios materiaes de coacção: contra os seculares era o rei que os tinha. Porque, em vez de uma circular aos bispos, não promulga uma lei geral? O sr. visconde, que é jurisconsulto, talvez saiba explicar-nos isto.

Quando, no *Jornal do Commercio* de 14 de dezembro de 1865, se publicou uma sentença do vigario geral de Braga em 1375, obrigando um homem, sob pena de excommunhão, a reconhecer que era marido de certa mulher, com a qual cohabitava, depois de lhe prometter casamento e de nunca

a deixar, o caso serviu de riso a uns, de magua a outros. Não havia que rir, nem que chorar; o que havia é uma cousa que se chama ignorancia. Nunca em Portugal se deu sentença mais fundada, nem mais justa. Tomaramos nós que todos os vigarios geraes do nosso tempo soubessem tanto do seu officio como sabia o padre Lourenço Paes. Lourenço Paes era apenas um homem que conhecia bem as leis da igreja e as leis do reino, o que nem sempre succede aos julgadores do nosso tempo. O unico defeito que tinha o vigario geral metropolitano era não entender a circular de Affonso IV, feita vinte e tres annos antes, como o sr. Visconde a entende quinhentos annos depois. É pena!

De certo, os reis portugueses da idade média forcejavam para que os seus subditos se amoldassem á disciplina da igreja e associassem o sacramento ao contracto matrimonial. Independentemente dos motivos religiosos, tinham interesses de ordem publica, puramente temporaes, que a isso os moviam. Os abusos que os *clerigos* não inhibidos de casar practicavam á sombra da clandestinidade deviam dar-se do mesmo modo entre os seculares. Se fosse possivel coagir todos a celebrarem aquelle contracto com as solemnidades de que a igreja o rodeiava, para o sanctificar com um sacramento, estava achado um meio indirecto de cohibir esses abusos. Á rudeza d'aquelles tempos não occorreria, talvez, outro. Até ahi podia ir a lei civil. Mas proclamar, com desprezo da doutrina da igreja, e affrontando o direito consuetudinario do reino, reconhecido no direito escripto, que taes casamentos eram nullos, isso é o que os reis nunca fizeram, porque não o podiam fazer. Dou os sentimentos d'este escandalo ao sr. visconde: dou-os igualmente aos reaccionarios seus alliados, que almejam pelo passado, mas para quem o passado é o livro dos sete sellos do Apocalypse.

III

Observei, e a observação occorreria a qualquer, que era do interesse do poder temporal, porque interessava á boa ordem civil, que todos os casamentos fossem feitos perante o parocho e conforme os ritos sagrados. Era tambem o que succedia no seio da igreja. Fulminando penas espirituaes contra a clandestinidade dos consorcios, ella buscava compellir os christãos a evitarem um peccado, mas nem por isso affirmava que essa fórma de união conjugal fosse nulla. Pelo contrario, mantinha o direito absoluto do contracto, o direito natural formulado civilmente pela jurisprudencia romana e pelas tradições e costumes dos povos latinos. É este accordo entre a sociedade catholica e a sociedade temporal que domina, e que explica a lei de D. Manuel de 14 de julho de 1499.

Esta lei, resumida por Figueiredo [1], anda em publico e de cara descuberta. Não alcanço como o sr. visconde não tem tido a fortuna de a encontrar por ahi. É verdade que ella lhe seria incommoda á interpretação que, em proveito da boa

[1] Synopsis Chronol. T. 1 p. 150.

causa, tinha de dar á Ordenação Manuelina e á lei de 13 de novembro de 1651. Em geral, as duas leis parecem-se como duas irmans gemeas. O mesmo motivo, a mesma razão de ser, isto é, os abusos provenientes dos casamentos clandestinos, a mesma applicação de penas á mesma especie de réus. No que são principalmente differentes é na phrase e no estylo, como o deviam ser dous actos legislativos, um do seculo XV, outro do XVII. Ha, porém, uma circumstancia importante que é preciso mencionar aqui, deixando para a conjunctura em que tiver de appreciar a lei de 1651 o fazer as considerações que suscita essa profunda semelhança, considerações que, como se verá, serão ahi opportunas.

A ordenação ou lei de 1499 prohibia sob penas severissimas os casamentos clandestinos, e sabemos já quaes estes eram e quantas variedades havia delles, conforme o direito canonico. O confisco cahia sobre os nubentes; o confisco e o degredo sobre quaesquer pessoas que assistissem ao acto, quer como testemunhas, quer não. — Havia, comtudo, uma excepção: quando se fizesse um casamento clandestino a contento e com permissão dos paes e mães dos contrahentes, *se os tivessem*, essas penas draconianas converter-se-hiam na mais completa indulgencia; sumir-se-hiam; e a clandestinidade continuaria a subsistir ao lado do casamento á face da igreja, com os mesmos effeitos civis.

Qual é, pois, o valor practico deste acto legislativo? Unica e exclusivamente a manutenção do poder paternal. É uma destas leis astutas que, tendo por fim certo objecto, fingem, por quaesquer cónveniencias, dirigir-se a outro, e só incidentemente áquelle que na realidade se pretende obter. Aos que estavam debaixo do patrio poder fechava-se, do modo possivel, a porta da clandestinidade, por onde, aliás, se esquivariam aos obstaculos que oppunham á satisfação dos

seus desejos as resistencias domesticas, mais serias e efficazes nos consorcios á face da igreja, nos quaes a publicidade dos banhos embargava o segredo que de outro modo alcançariam manter [1]. *Toda a outra gente* podia continuar a constituir a familia como entendesse, ficando sujeita ás penas espirituaes fulminadas pelos canones contra o desprezo do sacramento.

Note-se, porém, ainda uma circumstancia, que nesta questão cumpre nunca esquecer. O casamento punido pela lei ficava subsistente. Quando a justiça encontrava dous desses criminosos de um amor immenso e cego, o que fazia? Privava-os dos seus bens. Os que tinham presenciado o crime acompanhavam-os na miseria, e deixavam-os para ir ao exilio. A lei era dura, inexoravel. Mas descasava os conjuges? Isso é que não. No seu infortunio, elles eram, ao menos, marido e mulher; podiam dar este nome um ao outro diante do mundo. A religião, essa derramava uma lagryma sobre a cabeça dos infelizes, que a violencia da mais energica das paixões humanas transviara pelas regiões tenebrosas do peccado; mas não os condemnava, nem á deshonra, nem a irremissivel perdição. Apontava-lhes para o arrependimento e para a penitencia. Na terra, a esperança, talvez, acabou para elles; mas ainda flammeja no céu. A lei da igreja não consente que a lei civil ajunte ás privações da miseria o stygma do concubinato.

A ordenação de 1499 foi inserida no codigo de D. Manuel, onde, como observa Figueiredo, ainda na segunda

[1] O sr. visconde diz que elrei D. Manuel *accrescentou* ao casamento solemne o requisito dos *banhos*. D. Manuel não accrescentou nada. Os banhos foram introduzidos na disciplina geral por Innocencio III no IV concilio de Latrão. Delles se encontram vestigios mais antigos na praxe de algumas igrejas.

edição, de 1514, ella vem transcripta na sua primitiva fórma. É nas Ordenações definitivas de 1521 que o legislador affasta as sombras em que até ahi se envolvera, e esquecendo-se das ponderações sanctimoniaes da lei de 1499, se exprime com a sinceridade de que deve sempre usar o homem honrado. Na ultima redacção do codigo (L. 4 tit. 32) D. Manuel já perdeu o horror aos casamentos clandestinos; para elle, tanto importam uns como outros. O individuo que casar com menor sob o patrio poder, ou com tutelada, sem consentimento dos paes, ou do tutor, perde os bens para estes e vai para Africa. Só ha uma excepção: é quando as vantagens do consorcio notoriamente excedem as de qualquer outro que os paes ou o tutor possam fazer á menor. Neste caso não tem cabimento a lei.

Isto é claro, liso, simples. D. Manuel encostava-se já á beira do tumulo quando promulgou as novas Ordenações. Alguem lhe disse que, no sentir de Christo, a mais atroz injuria que se podia fazer á divindade era a hypocrisia. Obviamente, sua alteza havia por bem de prover á sua salvação.

O sr. visconde não viu nada disto. Se o visse, teria evitado o desgosto de dar a um seu velho amigo a licção que me deu sobre a historia do nosso direito. O que lhe chegou ás mãos foi o titulo 47 do livro 2.º da Ordenação Manuelina. Não digo bem. Chegou-lhe uma nesga daquelle titulo, acaso porque o seu exemplar estava incompleto. O titulo 47 do livro 2.º contem uma disposição principal, o qual versa sobre os casamentos das mulheres que disfructavam bens da coroa ou pensões do estado, materia inteiramente alheia á questão, e contem, além disso, dous paragraphos. No exemplar do sr. visconde existe só o segundo. O illustre jurisconsulto faz com elle uma prosopopeia. O § põe-se em pé sobre a sua convexidade inferior, estende longitudinalmente a superior e

divisa, por entre as turbas que passam, um homem e uma mulher, que vivem na união conjugal, que se tractam ha longos annos como esposos, que o são no sentir do publico, apezar de não haver realmente entre elles senão esponsaes e cohabitação, e diz-lhes: « Se vivestes vida de casados, na « morte partilhareis tambem vossa fortuna: não quero sa- « ber se fostes ou não realmente casados á face da igreja: « *presumirei que o fostes*, mas sómente para este effeito. »

Esta é a prosopopeia do sr. visconde: o discurso do paragrapho é este. O galhofeiro paragrapho estava zombando com os dous conjuges, ou com o publico. Suspeito que era com o publico. Não presumia tal que fossem casados á face da igreja. Quem protesta contra a zombaria é o § 1.º, aquelle que falta no exemplar do sr. visconde. Vejamos o que elle ordena.

O § 1.º refere-se ás anteriores leis, que mandavam fossem meeiras as mulheres casadas por palavras de presente: são as leis 71 e 85 de Affonso III: é a lei de D. Diniz de 1311; é o direito consuetudinario. A nova ordenação declara agora os casos com que fica subsistindo o direito de meação: 1.º Quando as mulheres forem casadas á porta da igreja, ou fóra d'esta com licença do prelado (casamento de benção; casamento conforme as leis da igreja; casamento válido e legitimo). 2.º Quando ambos os conjuges forem tidos e havidos por marido e mulher, embora não houvesse entre elles casamento á porta da igreja, ou fóra della com licença do prelado (casamento clandestino presumido; casamento válido, porém não legitimo). Dado que a mulher precise de provar o seu estado de casada, a lei exige ou a prova do consorcio á face da igreja, ou a da cohabitação dos conjuges, com fama publica de marido e mulher. Provar que se recebeu por palavras de presente (casamento

clandestino por palavras de presente) não basta para d'ahi se deduzir o estado civil de casada, a fim de ser meeira. É necessario sempre para isso a cohabitação e a fama publica. Dados estes dous factos, a clandestinidade de taes consorcios não priva a mulher do direito de meação.

Não ha legislação onde a igualdade, em relação aos effeitos civis, do casamento legitimo e do casamento só valido, dos consorcios conforme os ritos e disciplinas da igreja, e daquelles em que esses ritos e disciplinas são omittidos, seja mais clara. Longe de suppôr, por uma ficção, que o consorcio clandestino foi feito perante a igreja, suppõe o contrario; exige para cada uma das hypotheses provas diversas, que excluem a confusão dos dous factos.

O § 2.º não é senão um resultado de má redacção da lei. Repete uma parte da doutrina que está no 1.º §, e faz o que alli se podia ter feito, que é revalidar virtualmente, referindo-se ao antigo direito, os costumes do reino, reduzidos a lei por D. Affonso III, e por D. Diniz, e que exigiam a cohabitação de sete annos para esta poder servir de prova do casamento clandestino presumido.

O § 1.º do titulo 47 destruia de golpe a singular interpretação que o sr. visconde deu a este 2.º. Foi uma fatalidade cair-lhe nas mãos um exemplar das Ordenações incompleto; porque póde occorrer a alguem fazer, a proposito d'isto, a cruel reflexão de que a probidade litteraria é para o escriptor um dever tão forçoso, como, na vida commum, o é para o cidadão a probidade civil.

Imagine o sr. visconde os perigos e males que derivam de uma lacuna em um livro! A leitura daquelle ignorado § 1.º te-lo-hia posto de sobreaviso para não desmentir a

historia do nosso direito, para evitar asserções diametralmente oppostas aos factos, para não dizer heresias, nem as attribuir aos antigos reis, fallecidos no gremio do catholicismo, aspergindo-lhes retroactivamente as cinzas, atravez das fisgas dos seus tumulos de pedra, com as excommunhões fulminadas contra os herejes. Não teria attribuido a Affonso IV, um dos reis mais serios e de mais juizo que tivemos, um attentado contra a doutrina da igreja [1]. Não supporia em D. Manuel, que não peccava por esperto, a esperteza de descobrir nas leis canonicas um espirito inteiramente contrario ás doutrinas claras, expressas, litteraes dellas [2]. Não chamaria sobre os seus cabellos brancos, que é o que eu mais lamento, os effeitos da excommunhão fulminada pelo concilio de Trento contra os que suppoem que os casamentos clandestinos pódem deixar de ser válidos antes do mesmo concilio, affirmando no seu opusculo, que esse era o espirito dos canones. « Não se duvide — dizem os Padres de Trento — serem os casamentos clandestinos, feitos por livre consenso dos contrahentes, válidos e verdadeiros casamentos, emquanto a igreja os não fez nullos. E por isso, direitamente se devem condemnar, como de feito o sancto synodo condemna, ferindo-os de anathema, aquelles que negam serem elles verdadeiros e válidos.» Eis a situação em que se acha o sr. visconde. Não lh'a invejo. Acreditou, talvez, na palavra dos neo-catholicos. Não creia nelles. Essa gente nunca leu o concilio de Trento; porque, afóra De Maistre e Bonald, não lê cousa nenhuma, a não ser os profundos escriptos de Gaume, Donoso Cortez, Veuillot, e outros sabios assim.

[1] D. Affonso (IV)... *declarou nullos* todos os casamentos que não fossem celebrados á face da igreja: Sr. visconde de Seabra: *Duas palavras*, etc. pag. 46.

[2] Não o fez (admittir D. Manuel a validade dos casamentos clandestinos) porque então já *se reconhecia melhor o espirito das leis canonicas*. Ibid. p. 29.

Do rigor com que em Portugal se mantiveram as doutrinas da igreja, ácerca dos consorcios não abençoados por ella, até as vesperas do concilio tridentino, restam-nos monumentos insuspeitos. São as antigas constituições dos bispados do reino. Citarei as extravagantes do arcebispado de Lisboa de 1536, anteriores de poucos annos á convocação do concilio de Trento. São as mais recentes. Foram promulgadas pelo arcebispo d'esta diocese, o cardeal infante D. Affonso, filho de el-rei D. Manuel. Se o sr. visconde conhecesse as constituições do filho, não teria levantado falsos testemunhos ao pae. Exigem aquellas constituições synodaes a publicação [1] dos editos, banhos, ou pregões antes dos casamentos solemnes, e que estes sejam feitos de dia, á porta da igreja, pelos parochos, e declaram clandestinos todos os que não forem celebrados com esses requisitos. A igreja tinha-se costumado, porque o poder civil lh'o tolerava, a decretar penas temporaes contra os peccados. Em consequencia d'isso, o infante arcebispo impõe um mixto de excommunhões e mulctas contra os noivos, que se receberem por si, [2] contra quem os receber e contra as testemunhas do contracto. Depois estatue que, *se algum d'elles fôr clerigo constituido em ordens sacras* » pague a multa depois de mettido no aljube. O prelado suppunha, e suppunha bem, que se faziam casamentos clandestinos sem a presença de nenhum sacerdote, visto que apenas considera a intervenção d'este como uma hypothese. Não fica, porém, n'isto só. Excluindo das penas espirituaes e temporaes os delinquentes

[1] Tit. 8. Do Matrim. f. 18 v. (ediç. de 1588).

[2] E *recebendo-se per si, sem os dictos pregões, quer seja á porta da igreja*, quer em casa, quer em outra parte etc. O arcebispo refere-se evidentemente a uma especie de casamentos clandestinos por *palavras de presente*, que se faziam, e fazem ainda nas nossas provincias do norte, á face da igreja, mas, então, em contravenção dos antigos canones, e hoje, em contravenção da disciplina do concilio de Trento. Sobre estes ultimos teremos de fallar n'outra parte.

que forem reis, principes, duques e condes, (porque a disciplina da igreja não devia valer para essas eminencias sociaes, e o bom do arcebispo sabia o que devia a si e aos seus,) as constituições vão mais adiante, para deixarem as cousas bem claras. Peço desculpa, ao transcrevel-as, de alguma grosseria de phrase. Não estava na minha mão disfarçal-a, porque a belleza da passagem está na transcripção textual. Cumpre edificar o paiz ácerca da immoralidade da commissão revisora, que, só para respeitar a liberdade da consciencia dos não catholicos, propôz o casamento civil. Este de que tracta o cardeal da sancta igreja de Roma, é para os catholicos.

« Nem outrosim haverão logar (as penas temporaes) n'a-
« quelles que fazem sómente promettimentos de casarem,
« *scilicet*, dizendo — e eu prometto de casar comtigo; —
« nem n'aquelles que a taes promettimentos forem presen-
« tes, por quanto ainda não é matrimonio, salvo se, depois
« dos dictos promettimentos, houver entre elles cópula car-
« nal; que em tal caso ficam verdadeiramente casados, as-
« sim como se casassem por palavras do presente; e o tal
« matrimonio chama o direito-*presumido*. N'este caso, incor-
« ram os noivos nas dictas penas; porém, as testemunhas, que
« a taes promettimentos estiverem, não incorram n'ellas.

Não fica n'isto. O eminentissimo cardeal D. Affonso vai explicar o que seja consorcio por palavras de presente. Depois de declarar que a idade perfeita para poder casar é, nos homens a de 14 annos, e nas mulheres a de 12, accrescenta:
« E palavras de presente se chamam assim como se disses-
« sem: Eu te recebo por marido ou mulher, assim como manda
« a sancta igreja de Roma — ou — Eu te hei por minha mu-
« lher — ou outras semelhantes ou equipolentes. Porém, se
« o homem fôr de 14 annos e a mulher de menos de 12,
« ou a mulher de 12 e o homem de menos de 14, aquelle

« que está em idade perfeita não se deve arrepender e deve « esperar, até que venha o outro a idade perfeita, e se o « contradisser, poderá cada um fazer o que lhe bem vier. E « se o não contradisser, e constar que perservera na mesma « vontade, então fica o matrimonio valioso de uma parte e « da outra. »

Tal é a theoria dos casamentos clandestinos, que o arcebispo de Lisboa declára validos. Ainda nos de esponsaes e cohabitação o esquecimento da sanctificação religiosa obriga á solução de certa mulcta. Os consorcios por palavras de presente, nem esse mesmo obstaculo tem; não o tem, sequer, entre menores, quando passarem de certa idade. Um dos contrahentes pode, até, não ter o numero de annos exigido. O caso é que não revogue as palavras de presente quando chegar a elles. Desde então os dous menores são marido e mulher. A lei ecclesiastica deixa á sancção penal da lei civil a hypothese de faltar para a celebração do contracto entre menores a permissão paterna. Réus no foro temporal, não serão por isso mulctados no tribunal ecclesiastico. Aos olhos da igreja são peccadores, mas são marido e mulher.

Eis aqui, em relação aos consorcios, expostas rapidamente as tradições da velha monarchia durante cinco seculos; eis aqui as tradições da igreja durante dezeseis. Se os membros da commissão revisora que votaram o casamento civil facultativo, não para os verdadeiros catholicos (porque a lei não os obriga a separar o contracto do sacramento, e porque o consorcio civil é para elles como se não existisse) mas para os portugueses não catholicos; se esses maus cidadãos são impios, são inimigos da religião, são atheus que redigem o atheismo em leis, o que foram, por maioria de razão, cincoenta gerações de christãos, o que foram dezeseis gerações de avós nossos, que reputaram válidas, effi-

cazes, obrigatorias, indissoluveis, diversas fórmas de casamentos, não sanctificados pela igreja, condemnados por ella na esphera puramente espiritual, no foro da consciencia; que os igualaram nos seus effeitos civis aos consorcios celebrados no templo, com os ritos sagrados, com a benção sanctificante do sacerdote? O que foram os padres de Trento, que fulminaram anathema contra os que ousassem condemnar como erro a doutrina invariavelmente seguida até ahi pelos bispos, pelos papas e pelos fieis, e acceita pela sociedade civil desde os primeiros seculos do christianismo, de que para os catholicos eram válidos, posto que peccaminosos, todos esses varios consorcios celebrados sem ritos religiosos, e, até, por simples promessas, seguidas da união physica? Se a civilisação tem de abysmar-se ainda uma vez nas trevas; se tem de ser sacrificada nos altares de S. Hildebrando, o Zoroastro dos néo-catholicos; se a cólera de Deus tem de punir as corrupções da Europa moderna com o triumpho dos novos barbaros; se temos de retroceder até Gregorio VII, quando vencerem; quando tiverem matado as saudades dos dizimos, d'esses dizimos, fonte da opulencia do alto clero e por cuja solução elle protesta, ensinando-a no cathecismo como dever religioso, emquanto a lei civil os declara abolidos; quando tiverem espoliado os cidadãos que compraram os bens ecclesiasticos e que, a acreditarmos manifestações solemnes e recentes da corte de Roma, são réus do inferno; quando, sobre as ruinas temporaes da sociedade, ao que os ha-de necessariamente levar a logica irresestivel das doutrinas e dos factos, visto que é isso o que está forçosamente atraz de todo este arruido levantado contra a liberdade de consciencia; quando tiverem lançado aos espiritos a mordaça do silencio; quando houverem restituido á Inquisição a existencia e o esplendor antigos, e forem buscar os ossos dos que estivermos mortos e os corpos dos que forem vivos para nos punirem de ter-

mos sido christãos de Christo e não do orgulho só Hildebrando, não se esqueçam de quebrar as lousas dos reis, dos papas, dos bispos, dos magistrados civis, dos julgadores ecclesiasticos de outros tempos, dos antepassados, em summa, para se queimar tudo juncto nas fogueiras sacrosanctas dos néo-catholicos, dos modernos adoradores do fogo.

Mas o concilio de Trento? O concilio de Trento estabeleceu novas condições disciplinares para a celebração dos consorcios, e invalidou nos seus effeitos os casamentos não celebrados á face da igreja. É uma questão de disciplina, e não de doutrina. Ide lá procurar, ignorantes, os anathemas que o concilio fulminou contra os que debatessem a conveniencia ou inconveniencia d'essa nova disciplina, ou contra os representantes do poder temporal que se não submettessem a ella. Fazei-o, como eu o fiz, citando-vos textualmente as comminações dos padres contra os que insultassem a primitiva doutrina catholica. A historia do concilio, n'esta parte, as suas resoluções sobre o assumpto, as excepções que manteve, os motivos d'essas resoluções, as resistencias que ellas encontraram no seio da propria assembléa, a pressão politica exercida sobre Roma e sobre o concilio por uma potencia poderosa, que depois rejeitou a disciplina por elle estatuida; tudo isso ha de ser posto á luz da evidencia nos seguintes estudos sobre o casamento civil. Hei de obrigar-vos a fechar na gaveta, ao menos uma vez, as paginas blasphemas do jesuita Perrone e os textos apocryphos ou viciados do *habil* Dupanloup, a que estaes costumados, e a estudar a doutrina da igreja nos monumentos da igreja.

Estes Torquemadas liliputianos que por ahi apparecem causam, na verdade, indignação; mas ainda causam mais lástima. Uns são a vergonha do sacerdocio; outros são a deshonra intellectual do paiz.

12

PREÇO 200 RÉIS

ESTUDOS

SOBRE O

CASAMENTO CIVIL

POR OCCASIÃO DO OPUSCULO DO SR. VISCONDE DE SEABRA
SOBRE ESTE ASSUMPTO

POR

A. HERCULANO

SEGUNDA SÉRIE

LISBOA
TYPOGRAPHIA UNIVERSAL
RUA DOS CALAFATES, 110
—
1866

SEGUNDA SÉRIE

O CASAMENTO CIVIL PERANTE O CONCILIO DE TRENTO E PERANTE A THEOLOGIA

IV

Foi nas ultimas conferencias e sessões do concilio de Trento que se ventilou e resolveu a reforma relativa ao matrimonio catholico.

De todos os assumptos estranhos aos intêresses pessoaes ou politicos do papa ou dos principes, interesses que principalmente influiram nos debates d'aquella assembléa, nenhum, talvez, levantou maior discussão e encontrou maiores difficuldades, para n'elle se chegar a uma resolução definitiva, do que a doutrina e a disciplina relativas ao sacramento, que, no catholicismo, deve associar-se com o contracto matrimonial. É assás curioso o exame do que se passou a tal respeito no concilio tridentino.

Além de um grande numero de memorias e escriptos sobre tal ou tal épocha da existencia de uma assembléa, que, com largas interrupções, se protrahiu por dezoito annos, e de uma avultada porção de monumentos publicados e ineditos que a ella se referem, temos duas historias geraes do con-

cilio, a do servita Fr. Paulo Sarpi e a do jesuita Pallavicino. Sarpi escreveu possuido de animo hostil contra o concilio e contra a curia romana : Pallavicino teve por intuito principal refutar o frade servita. Sarpi serviu-se dos documentos que existiam nos archivos de Veneza, ou que obteve por industria propria, e aproveitou os factos que lhe subministravam as memorias historicas já então publicadas e os escriptos dos protestantes, empenhados em combater o concilio. Pallavicino tinha á sua disposição todos os documentos e memorias officiaes e não officiaes que Roma lhe podia facultar; tinha incomparavelmente mais recursos para apurar a verdade; mas tinha muito menos liberdade para a dizer. Os dous historiadores contradizem-se frequentemente, como é facil de suppôr, não só na apreciação, mas tambem na exposição dos factos. Qual d'elles se deve accreditar? A escolha é difficil, emquanto os monumentos de que se aproveitaram, na maxima parte do seu trabalho, não tiverem visto a luz publica, e não fôr possivel examinar amplamente a candura e lealdade com que cada um d'elles usou dos subsidios que lhes ministravam as fontes historicas, e apreciar a authenticidade e o valor de taes fontes. Quasi que é escusado dizer que para os adversarios systematicos de Roma o livro de Sarpi é uma especie de evangelho; bem como para os cegos sectarios das doutrinas ultramontanas o é o livro de Pallavicino [1].

Quero, por isso, tomar em frente dos reaccionarios uma

[1] Um dos nossos mais illustres contemporaneos, o eminente historiador Ranke, fez, nos appendices do seu celebre livro *Die Roemischen Paepste, ihre Kirche und ihr Staat in* 16 *und* 17 *Iahrhundert*, uma parte d'esse vasto trabalho, aproveitando para isso o conhecimento proprio e a publicação, feita posteriormente a Sarpi e a Pallavicino, de uma porção dos monumentos de que se elles serviram. Essa comparação, mostrando que Sarpi attribuia ás vezes um valor exaggerado a certos documentos, dá, todavia, resultados muito mais graves contra Pallavicino, porque abona pouco a sua probidade litteraria.

situação desvantajosa, mas insuspeita. A minha unica auctoridade historica n'este assumpto será o jesuita Pallavicino, depois cardeal da sancta igreja romana.

Os inconvenientes dos casamentos clandestinos que anteriormente lembrei não se experimentavam só em Portugal: eram communs a todos os paizes catholicos, onde a doutrina da igreja não consentia que contra elles se tomasse a unica providencia decisiva, a annullação. De todos esses inconvenientes não era o menos grave a facilidade com que, por aquelle meio, os menores contrahiam consorcios, com quebra do patrio poder. N'este ponto, a doutrina da validade do matrimonio clandestino era uma doutrina moderna, e não passava além do seculo XII ou XIII. Até ahi a igreja tinha respeitado a regra do direito civil que qualificava como nullos os casamentos de menores feitos sem o consentimento paterno; mas, por fim, essa mesma especie de consorcios se havia confundido, quanto á sua validade, com os das pessoas *sui juris*, do modo que nos apparece nas constituições do arcebispado de Lisboa citadas antecedentemente [1].

A materia do sacramento do matrimonio já se achava na téla da discussão entre os theologos consultores do concilio nos primeiros mezes de 1563. Havia dous pontos em que não concordavam; um, justamente, era se convinha ou não annullar os casamentos clandestinos: o outro era se o matrimonio christão se devia reputar sempre sacramento; ou se o era só aquelle que se fazia conforme os ritos, sendo abençoado pelo sacerdote. A principio, a minoria seguia esta ultima opinião: a maioria a primeira [2]. A força, porém, com que a minoria sustentava o seu voto, que tinha de vir a ser, nos seculos seguintes, a doutrina dos mais profundos

[1] Veja-se ácerca d'esta materia Le-Ridant, L. 3, c. 2 sect. 13.
[2] Pallavicino — Istoria del concilio di Trento L. 20 c. 4 § 1.

theologos, e que era a que ia estribar-se nas tradições primitivas da igreja, fazia prever vivos e longos debates sobre este assumpto no seio do concilio, antes de se chegar a uma solução definitiva.

Ás conferencias dos theologos seguiram-se as dos prelados que haviam de votar no concilio, e n'estas, como n'aquellas, os debates foram renhidos. Redigidas as minutas, tanto dos canones doutrinaes como dos decretos disciplinares, começou nos meiados de julho a votação dos padres. Esta votação era motivada, ou para melhor dizer, nas congregações a discussão misturava-se com a votação; porque o systema hoje usado geralmente para manter a boa ordem nos trabalhos dos corpos deliberantes não era ainda conhecido. O primeiro projecto consistia em inserir entre os canones um pelo qual se condemnasse como heretica a doutrina dos que negassem a validade dos casamentos clandestinos anteriores ao concilio, e em estabelecer, por um decreto puramente disciplinar, que fossem d'ahi avante nullos todos os que se contrahissem sem a presença de tres testemunhas, e bem assim o fossem os dos filhos familias celebrados sem licença paterna, antes da idade de 18 annos nos homens, e de 16 nas mulheres. O estado dos animos não consentia que se estabelecesse como artigo de fé a nullidade dos casamentos que não fossem celebrados á face da igreja. *Se tal se propozesse* — diziam para Roma os legados do papa — *essa doutrina seria rejeitada pelo concilio*, ao passo que, como decreto disciplinar, de certo se venceria [1].

No meio das opiniões divergentes e durante o decurso da lucta, appareceu de subito um novo elemento para tornar mais viva a contenda. Na congregação de 24 de julho de

Se il decreto si fosse preso come semplice legge, sarebbe passato: se come articolo di fede, harebbe intoppato. Id. ibid. L. 22 c. 4 § 2.

1563 os embaixadores de França apresentaram em nome do seu soberano uma representação solemne em que pediam se declarassem nullos os consorcios clandestinos, ou, não se querendo annullar estes absolutamente, se ordenasse que não valesse nenhum casamento sem presidir a elle um sacerdote e assistirem tres ou mais testemunhas. Quanto aos consorcios dos filhos familias, pediam que fossem declarados nullos, sem distincção alguma, todos aquelles a que faltasse o consenso paterno, embora se assignasse certo numero de annos aos paes para casarem os filhos, findos os quaes estes o poderiam fazer sem permissão d'elles [1].

Não é possivel nos breves limites d'estes estudos expôr as opiniões que se manifestaram durante o debate e que o historiador semi-official do concilio resumiu em parte na sua narrativa. Entretanto apontarei aqui as doutrinas de alguns dos mais illustres prelados.

No entender do bispo de Modena, um dos membros italianos do concilio menos subservientes á curia, e cujo voto se deve por isso suppor mais espontaneo, o decreto de annullação dos consorcios clandestinos podia promulgar-se. A igreja tinha para isso jurisdicção, conforme o geral parecer dos theologos consultores, e a necessidade de o fazer era evidente. No sentir do prelado a auctoridade temporal *(res-publica)* tinha poder sobre a pessoa dos subditos, e portanto era-lhe permittido prover nas materias de estatuto pessoal como julgasse conveniente. Antes de ser o matrimonio um sacramento, era o estado que regia aquelle acto: não se podia, portanto, admittir que, elevando-se este *seu* importante e frequente contracto á dignidade de sacramento, derivasse de tal facto um prejuizo para a sociedade civil,

Ibid. L. 22 c. 1 § 16.

tornando-a incompleta e impotente para satisfazer aos proprios fins [1]. O bispo de Almeria, que tambem votava pela annullação, affirmava que o decreto não annullava os matrimonios depois de serem sacramentos; mas introduzia uma nullidade que impedia fossem casamentos, e conseguintemente sacramentos [2]. Entre os que impugnavam a nova disciplina contava-se o bispo d'Ipres, o qual fallou largamente e que, considerando o matrimonio *como um contracto de direito natural e perpetuo*, negava que as obrigações d'elle resultantes deixassem de subsistir, embora annullado o contracto. O que se póde inferir d'esta doutrina é que a annullação do matrimonio pela igreja não podia destruir as obrigações juridicas que derivavam do pacto. Aos que ponderavam os peccados que resultavam dos consorcios clandestinos replicava o prelado flamengo que *não se devia restringir a liberdade e o remedio de todos, para evitar o damno dos maus* [3]. Aquelle impio d'aquelle bispo, apezar das suas opiniões theologicas, era capaz de approvar o procedimento da commissão revisora que estabeleceu as duas fórmas de casamento facultativas ambas, porque entendeu que não podia prohibir aos catholicos que peccassem; porque entendeu que não podia restringir a liberdade de consciencia de todos, para fazer monstruosamente da lei civil um instrumento de salvação dos maus, cirzindo no codigo civil uma nesga do *Directorio d'Inquisidores*.

O discurso do bispo de Salamanca é curioso, não só pela doutrina que n'elle se propugna, mas tambem por um facto que revéla. Em geral, os bispos da Peninsula encostavam-se á opinião do cardeal de Lorena e dos outros francezes que

[1] Con renderla imperfetta ed impotente di provvedere al suo fine: Ibid. L. 22 c. 4 § 11.
[2] Ibid. § 12.
[3] Ibid. § 13 e 14.

pugnavam pela annullação dos matrimonios clandestinos. O prelado hespanhol mantinha a proposição absoluta de que, sendo o homem ente politico e social, todas as suas acções deviam estar sujeitas aos poderes politicos, para estes haverem de ordená-las e dirigi-las ao bem commum. Que, assim, *o casamento, emquanto é contracto meramente civil, como entre os não christãos, está sujeito ao poder temporal*: emquanto é contracto de christãos, e por isso é materia de sacramento, está sujeito ao poder ecclesiastico. D'aqui inferia, que o concilio podia impor ao contracto, entre christãos, as condições para a sua validade. Os matrimonios clandestinos atulhavam os tribunaes de pleitos, e innundavam o christianismo de escandalos e peccados. Havia chegado a taes termos o orgulho humano, que *os fidalgos tinham por affronta contrahir matrimonio de outra maneira que não fosse por aquella fórma prohibida, reputando sómente honroso o que era illicito* [1].

Lainez, o geral dos Jesuitas era, talvez, o mais poderoso adversario que tinha no concilio a proposta da nova disciplina. Lainez representava ao mesmo tempo o papel de geral da sua congregação e de theologo do papa, e a influencia da companhia de Jesus, elevada já ao fastigio do esplendor, dava-lhe grande preponderancia na assembléa. Dir-se-hia que o chefe dos jesuitas considerava os casamentos clandestinos como estranhos ao sacramento, porque os identificava com o do primeiro homem (que de certo não havia sido o sacramento instituido por Christo) ao passo que achava nada terem em si de mau taes consorcios. Não se comprehende bem como este homem, cuja superior capacidade era indubitavel, conciliava a idéa de não haver nos matrimonios clandestinos o sacramento da igreja, e punha ta-

[1] Ibid. § 23.

manhos esforços em que fosse mantida por ella a sua validade. Aqui andava negocio. A reflexão que fazia de que o decreto não sería acceito entre os herejes, nem entre alguns povos catholicos, *donde resultariam muitos adulterios e nasceria confusão quanto ás successões legitimas*, foi a causa da restricção posta á annullação dos casamentos clandestinos, de que fallarei depois, restricção, que os deixou ficar subsistindo como válidos para milhões de catholicos, ao lado da nova disciplina, que os tornava nullos, o que tirava em grande parte a força moral ao decreto da reforma. Se foi astucia, era astucia digna de um geral dos jesuitas. Lainez chegava a taxar esse decreto de ser a confirmação da heresia de Calvino [1].

A anarchia que reinava nas opiniões ácerca da questão do matrimonio, sobretudo quanto á disciplina que se devia adoptar, obrigou a substituir muitas vezes redacção a redacção, sem nunca se chegar a conclusões definitivas [2]. O Espirito Sancto parece que se esquecia um pouco dos padres de Trento. Havia razão para isso. Fallava-se alli, ás vezes, de um modo altamente improprio do logar e do assumpto. Para sustentar o direito que tinham os paes de casar os filhos, o cardeal de Lorena, o homem mais importante do concilio, depois dos legados do papa, e o mais influente pelas suas estreitas relações com diversos principes da Europa, pretendia provar a legitimidade d'essa parte do patrio poder, não só com os exemplos da historia sagrada, mas tambem com a auctoridade das comedias de Plauto e Terencio [3]. Imagine-se, por este exemplo de tão notavel personagem, que cousas sairiam das boccas de prelados muito mais obscuros.

[1] Ibid. § 25 e c. 8. § 10.
[2] Il decreto ritornò sotto la lima più volte. Ibid. c. 4. § 3.
Ibid. § 6.

A discussão do assumpto, começada sete ou oito mezes antes, estava ainda nos meiados de setembro de 1563 quasi no mesmo estado: as alterações feitas pelos commissarios encarregados de formularem os canones doutrinaes e o decreto disciplinar succediam umas ás outras; as emendas, as suppressões, os additamentos propostos pelos padres choviam de toda a parte. Ninguem se entendia. Quasi sessenta bispos protestavam contra a annullação dos casamentos clandestinos e temia-se que elles interpozessem, como ameaçavam, appellação do concilio para o papa [1]. Ora o meio obvio que os seus adversarios tinham para inutilisar essa appellação era revalidar a doutrina dos ultimos concilios geraes de Basiléa e Constança ácerca da supremacia dos concilios sobre os papas. A questão era séria para Roma. Pio IV mandava dizer aos seus legados que o melhor era deixar a questão por decidir. Replicavam estes que o arbitrio seria excellente; mas que visse o papa se reduzia a isso o cardeal de Lorena, que naquella conjunctura ia a Roma. O que elles não queriam era levantar a *pestifera* questão da supremacia do concilio sobre o pontifice, questão prenhe das tempestades de um scisma [2].

Buscando solução á difficuldade, os legados lembraram-se de recorrer a um triste expediente. Consistia em celebrar uma especie de torneio intellectual entre os theologos consultores, que não estavam menos irritados uns contra os outros do que os bispos. Estes aceitaram o alvitre, e, desconfiados, segundo parece, da inspiração divina, convieram em entregar, como diz o Ecclesiastes, aquella grave questão ás disputas dos filhos dos homens. Foi grande o rumor em Trento. Admittiram-se na estacada, como espectadores, muitos individuos estranhos ao concilio. Dous portuguezes, Foreiro

[1] Ibid. c. 9. § 5.
[2] Ibid.

e Paiva d'Andrade, um hespanhol e dous francezes, Vigor e Dupré, accerrimos impugnadores da doutrina de que os casamentos clandestinos fossem sacramento, eram os mantenedores da nova disciplina. Combatiam pela outra parte o jesuita Salmeron, um frade veneziano, um clerigo hespanhol, um francez e um inglez. Levantou-se uma questão prévia: nem de um lado, nem d'outro queriam vibrar os primeiros golpes. Um dos legados dirimiu a contenda, ordenando que rompessem a batalha os que sustentavam a reforma proposta. Durou dous dias a lucta. Da narrativa de Pallavicino, interessado em occultar os escandalos que se passavam em Trento, póde inferir-se quaes foram os que se deram n'aquelle debate, em que por fim entraram os proprios prelados, esquecidos do papel de juizes que alli tinham vindo representar. A conferencia tornou-se n'um pugilato aggressivo e em verdadeira anarchia, o que era inevitavel logo que os bispos desciam á arena dos theologos. Como se devia esperar, não poderam chegar a accôrdo algum, e aquella especie de *juizo de Deus* terminou vergonhosamente, sem produzir nenhum resultado, senão azedar cada vez mais os animos [1]. Vê-se que certas scenas repugnantes a que ás vezes assistimos nas modernas assembléas politicas não são de origem tão villan como parecem. Podem ir entroncar a sua arvore genealogica nos parlamentos da igreja.

Addiou-se o negocio para o mez de outubro; mas era preciso que até lá se achasse algum meio de sair d'aquelle embaraço. A decisão da materia ligava-se com muitas outras questões de ordem ecclesiastica e de ordem politica, em que se achavam envolvidos os membros da assembléa, os principes temporaes e o papa. Este o que queria era ver quanto

[1] Pallavicino, ibid. c. 9. § 7, 8, 9. La conferenza tralignò in contenzione ed in confusione... si terminò con poco decoro e con niun frutto: Ibi.

antes terminado o concilio. Por competencias com Hespanha, que não importa aqui particularisar, a côrte de França estava altamente irritada contra elle, e as relações com o imperador de Allemanha não eram das melhores. Os embaixadores não consentiam que se promulgassem os canones doutrinaes sem os decretos da nova disciplina, ao mesmo tempo que nenhuma das modificações que se faziam, tanto n'aquelles como n'estes, conciliava a unanimidade dos votos, e nem sequer maioria tal que, devida ou indevidamente, se podesse dar como accôrdo unanime [1]. Finalmente, a 13 de outubro distribuiu-se pelos membros da assembléa um projecto definitivo de decreto, onde se achava supprimida a annullação dos matrimonios dos filhos que para elles não tivessem permissão paterna (disposição em que, aliás, tanto tinham insistido os representantes da França, mas que não se podia esperar passasse na votação) e onde se decretava a nullidade de todos os consorcios, a que não fossem presentes pelo menos duas testemunhas e o parocho de um dos contrahentes ou outro sacerdote delegado d'elle ou do respectivo bispo. Provia-se, tambem, á difficuldade lembrada por Lainez, sobre a não recepção do concilio nos paizes protestantes e talvez, n'alguns paizes catholicos, conservando-se a antiga disciplina em todas as parochias da christandade, emquanto a nova ahi não fosse especialmente publicada. Eram os legados do papa os unicos que tinham iniciativa no concilio, vantagem immensa para evitar e restringir debates; mas o espinhoso do assumpto era tal e tão angustiosa a situação, que exigiram fossem postas de parte quaesquer novas explicações, limitando-se cada membro a dar o seu voto por *approvo* ou *rejeito* [2]. Ignoravam-se n'aquelle tempo as astucias parlamentares com que as modernas opposições sabem illudir os intuitos das maiorias que forcejam por lhes impor silencio. Mas os pa-

[1] Idem. L. 22 *passim*.

[2] *Piace ò non piace* Id. L. 23 c. 5 § 17.

dres conheciam um meio mais simples e efficaz: era a desobediencia. A 26 de outubro começou a votação e acabou a 27. O cardeal Madruccio foi quem deu o signal da revolta, declarando que o decreto estava peior do que d'antes, e rejeitando-o por isso. O patriarcha de Jerusalem protestou contra o silencio que se pretendia impor á assembléa, deixando á consciencia dos legados resolver-se um decreto contrario a um dogma catholico se deveria approvar ou desapprovar com uma unica palavra. Promettia que na sessão solemne em que se promulgasse a resolução do concilio ácerca d'aquelle assumpto havia de fallar claro, e que ahi nenhuma auctoridade, nem esperança, ou qualquer outro affecto lhe obstaria a dizer o que pensava. O patriarcha de Vêneza e alguns outros canonistas exprimiam-se de modo analogo, chegando um bispo italiano a dizer que não só votava contra, mas que nem sequer compareceria na sessão solemne, porque, como Pilatos, lavava as suas mãos ácerca do que se architectava. O arcebispo de Granada, homem impetuoso e tenaz, que seguia voto contrario, replicou com azedume que não tinha ouvido senão sophismas, e que o decreto era catholico e necessario. Negou formalmente que as uniões clandestinas tivessem sido até então verdadeiros casamentos, rejeitando por isso um canon, que nos precedentes projectos tinha sido posto e tirado mais de uma vez, e em que se affirmava a sua validade [1]. A desordem que reinava ao separar-se a assembléa era perfeitamente parlamentar.

Parece que o Espirito Sancto andava n'aquella conjunctura um pouco alongado de Trento, ou que os padres davam fraca attenção ás suas inspirações. Esta lucta violenta sería, aliás, inexplicavel.

[1] Ibid. § 18 e 19.

No meio desse espectaculo de opiniões encontradas e exclusivas, em que, porventura, não raro influiriam interesses ou affectos particulares, não será de certo ingrato para o leitor saber o que pensava um homem cujo nome estamos, n'este paiz, costumados a venerar desde a infancia. Fallo de D. Fr. Bartholomeu dos Martyres. Existe copia authentica dos seus votos fundamentados, como se acham nas actas originaes do concilio aferrolhadas no castello de S. Angelo, onde a ninguem é dado examiná-las. Obteve D. João v essa copia por via do embaixador Sampaio. O que negaria Roma a um rei tão virtuoso, que foi um dos maiores consummidores e o mais bizarro freguez de toda a especie de mercadorias apostolicas? A opinião do metropolitano bracharense era favoravel á nova disciplina. Entendia que os principes teem jus a estabelecer condições sem as quaes ninguem se possa submetter a servidão alguma, não exceptuando a servidão conjugal. No seu modo de ver, a annullação dos consorcios clandestinos não equivalia a desfazer um sacramento, mas a annullar um contracto [1]. Promulgada a nova disciplina — dizia o arcebispo — o consenso clandestino deixará de ser materia do sacramento; mas essa materia é de si variavel, porque, sendo um pacto, está sujeita ás leis da sociedade [2]. Apesar de escholastico, e apesar de ver no contracto a materia do sacramento, o primeiro prelado de Portugal em dignidade e em virtudes considerava tal contracto em si como cousa dependente inteiramente do poder tem-

[1] Princeps potest facere edictum ut nullus se possit servituti subdere: ergo potest facere ut nullus possit se tradere servituti matrimoniali, nisi tali modo; dixitque quod rescindendo matrimonia clandestina, non facimus ex sacramento non sacramentum; *nom enim tangimus sacramentum, sed pactum.* Actor. Concil. Trid. T. III f. 50 v. in Symmicta Lusit. vol. 52 f. 14.

[2] Dixit, quod, facto hoc decreto, consensus clandestinus non erit materia. Haec enim materia potest variari, *quia est contractus, et est in potestate reipublicae.* Acta, Ibid. f. 139, Symmicta Ibid. f. 14 v.

poral, emquanto a igreja não o convertia em materia de um sacramento. Pôr as condições ao pacto conjugal era uma cousa que pertencia aos poderes da terra.

É preciso, todavia, não occultar aqui que Fr. João Soares, antigo confessor de D. João III e bispo de Coimbra, que tambem assistia ao concilio, estava em opposição com o seu metropolita e votava contra a nova disciplina; mas Fr. João Soares, na opinião da corte de Roma, não passava de um frade ignorante e immoral e d'um refinado hereje [1], ou, para me exprimir na linguagem da actualidade, não passava de uma especie de membro da maioria da commissão revisora. Não se póde, por isso — seja dicto de passagem — adivinhar qual fosse a sorte de D. João III além do tumulo. Era difficil chegar ao porto da salvação com tão ruim piloto.

Tornava-se cada vez mais necessario concluir, fosse como fosse. Destinou-se, por isso, para a sessão solemne, em que se haviam de decretar tanto os canones como a disciplina do matrimonio, o dia 11 de novembro. Nos dous que precederam, tres vezes se reuniram os membros do concilio, com exclusão absoluta d'aquelles individuos que n'elle não tinham voto; mas todas as diligencias para harmonisar as opiniões foram tão vans nessas conferencias preparatorias como o tinham sido até ahi. Nem o cardeal Madruccio, nem o de Lorena concordavam em todos os canones, e havia muitos que se inclinavam ao sentir de um ou de outro. Parece que os bispos hespanhoes, tanto de uma como de outra parcialidade, eram os mais turbulentos. O de Gerona, quando se leu o decreto disciplinar que era objecto da grande contenda, manifestou o intuito de protestar contra elle; mas o cardeal Morone, que presidia á assembléa como primeiro legado do papa,

[1] Veja-se a minha Historia da Origem e Estabelecimento da Inquisição vol. 2 p. 220 e 221 (1.ª edição).

medindo-o com olhos irritados, preveniu-o em phrases pouco amenas de que o individuo que n'aquella conjunctura se atrevesse a proferir que reputava nulla a futura decisão do concilio arriscava-se a ser sem detença expulso do seio da assembléa. Fulminado pelo gesto e pelas palavras do representante de Pio IV, o bispo reduziu-se a votar em silencio, no que o imitaram outros que tinham o mesmo intuito. O legado tornava assim possivel evitar algum escandalo na sessão solemne. Para melhor assegurar esse resultado, introduziram-se ainda algumas alterações nos canones doutrinaes [1].

Finalmente, no dia seguinte fez-se a votação publica e definitiva, tanto d'estes, como dos decretos de disciplina; o resultado, porém, do acto solemne foi o mesmo que sempre tinha sido. O proprio cardeal Morone deu o exemplo de discordia, declarando em altas vozes que não concordava na redacção do canon duodecimo. Quanto á nova disciplina, estava pelo que resolvesse o papa. O segundo legado, o cardeal Osio, bispo de Warmia, que não compareceu na sessão, mandou por escripto o seu voto contra a annullação dos matrimonios clandestinos, voto que, em ultimo caso, tambem sujeitava á opinião do pontifice. O terceiro legado, o cardeal Simonetta, seguiu o exemplo de Osio. Dos quatro legados, apenas o cardeal Navagero approvou sem restricção quanto se propunha. O cardeal Madruccio e o patriarcha de Jerusalem manifestaram-se energicamente contra a nullidade dos consorcios clandestinos, exemplo que foi seguido pelo patriarcha de Veneza e mais de cincoenta prelados accordes em sentir que a igreja não podia ou não devia annullar taes consorcios. Os votos da maioria subiram, sobre este assumpto, a mais de cento e trinta [2].

[1] Pallavicino Ibid. L. 23 c. 8 § 1 a 4.
Ibid c. 9 *passim*.

Taes foram, em resumo, se acreditarmos o historiador semi-official do concilio, as difficuldades e as resistencias tenazes que houve a vencer: tal foi o modo por que se fez a mudança na economia da igreja em relação ao casamento nas sociedades catholicas. Concentrei a narrativa, quanto foi possivel, no assumpto da clandestinidade, porque as outras questões que se ligavam com elle não servem ao meu proposito. Temos nós, porém, nas doutrinas e leis canonicas que nos regem, como emanadas da assembléa de Trento, a expressão genuina, sincera, rigorosa do que alli se resolveu? Ninguem pode affirmá-lo, nem negá-lo. Falta-nos o principal elemento que a moderna critica historica exige para as affirmativas ou negações absolutas. Ha factos, de que, depois, referirei um gravissimo, que legitimam a duvida a tal respeito. A igreja fez sua a maxima de Vicente Lerinense de que é doutrina catholica só aquillo que foi crido sempre, por toda a parte, e por todos (os catholicos). Não seria cousa essencial para o concilio de Trento que tudo o que nas suas resoluções é dogmatico tivesse esta condição da unanimidade, salvo o serem declarados herejes os membros da assembléa que houvessem quebrado tão necessaria concordia? Não mantinham esses homens proposições contrarias áquellas que o Espirito Santo directa e immediatamente inspirava? Sarpi, escriptor hostil ao concilio, hostil a Roma, affirma que a unanimidade se deu nos canones do matrimonio [1]: Pallavicino, o jesuita, o cardeal, o homem escolhido para refutar as calumnias de Sarpi, nega essa unanimidade [2]. Não seria mais conforme ao espirito do catholicismo acreditar o impio servita (mandado assassinar de-

[1] Fu letta la dottrina e gli anatematismi del matrimonio à quali tutti acconsentirono. Sarpi, Istor. del C. di Trento. L. 8, vol. 2 p. 376 da edição de Helmstadt de 1763.

[2] Dice (Sarpi) che *gli anatemi* etc. il che ha troppo de falsità: Pallavicino L. 23 c. 9 § 6.

pois, dizem uns pela côrte de Roma, dizem outros, com mais probabilidade, pela companhia de Jesus [1]) do que o cardeal jesuita? Racionalmente, só existe um meio para remover a incerteza ácerca das deliberações do concilio. É o que a principio disse: é o exame das actas originaes d'elle e o de todos os documentos correlativos; mas esse exame só sería possivel para a generalidade dos catholicos, isto é, d'aquelles que teem o interesse e o direito de conhecer bem quaes foram as deliberações do mesmo concilio e a exacta significação d'ellas, se taes actas e documentos, transcriptos authenticamente, se tornassem publicos pela imprensa. É, todavia, esse indispensavel elemento critico que justamente nos falta.

De todos os synodos geraes da igreja estão hoje publicadas ou são accessiveis a qualquer as actas, salvo aquellas que o tempo ou os accidentes ordinarios do mundo destruiram. As unicas occultas de proposito são as do grande synodo de Trento. Roma conserva-as invisiveis, guarda-as ciosamente no castello de S. Angelo. Não só os protestantes, mas tambem escriptores catholicos tem lançado suspeitas sobre a regularidade das decisões do concilio, e Roma guarda silencio [2]. Que meio, todavia, mais simples do que essa publicação authentica para dissolver as insinuações de uns e tranquillisar a consciencia dos outros? Mereceu Pallavicino, então simples jesuita, que se lhe patenteassem esses importantes registos: não o merecem os bispos, os theologos, os sabios, os simples fieis de todo o orbe catholico? Era que o jesuita só ahi

[1] Vita di Fr. P. Sarpi (Opere, vol. 1 p. 69 e segg.)

[2] Edantur igitur, uti aliorum conciliorum, Tridentini quoque acta. Cur lucem refugiunt? Cur quaesitis involvuntur tenebris? Semper suspectus, qui aut latere debet, aut desideratus ab omnibus consultò latet: Petzek, Vindiciae p. 244 (1787). Veja-se Agier: *Du Mariage dans ses rapports avec la Religion* T. 1 p. 424 e segg.

via o que *lhe cumpria* ver, e os outros veriam demais? Aquelles registos não são propriedade da côrte de Roma; pertencem á igreja e á historia. Existe ha tres seculos da parte da curia um abuso intoleravel, o abuso do precioso deposito de que se apoderou ou que lhe foi confiado.

Entre os theologos portuguezes que assistiram á assembléa de Trento, no tempo de Pio IV, conta-se D. Jorge de Athaide, filho do conde de Castanheira e, depois, bispo de Viseu e inquisidor geral. Fez elle uma compilação das actas do concilio, tanto em latim como em portuguez, sendo estas ultimas para uso do conde seu pae. Ambos os volumes originaes existem ainda. Já o P. Pereira lamentava que esses dous volumes se não publicassem para *illustrar melhor* a historia do concilio [1]. Sinto eu tambem que a natureza d'este trabalho, inevitavelmente rapido e incompleto, me não consinta instituir uma comparação severa entre a narrativa de Pallavicino e os factos e doutrinas que resultam da compilação do antigo inquisidor mór. Seria edificativa para a seita neo-catholica. Agradeçam-me a sincera vontade.

Que se me permitta agora apontar alguns factos e fazer algumas reflexões sobre a doutrina e a disciplina respectivas ao matrimonio estabelecidas no synodo tridentino. Será esse o assumpto dos dous estudos immediatos.

[1] Pereira de Figueiredo: Portug. nos Concil. Ger. p. 87.

V

Para esclarecer o debate que, na imprensa d'este paiz, as paixões partidarias, a ignorancia e interesses ignobeis tem levantado ácerca do casamento civil, basta expôr quaes foram as resoluções do concilio de Trento sobre os casamentos clandestinos, que, como o leitor já sabe, eram, no entender tanto da igreja como do poder temporal, todos os não celebrados com as solemnidades e ritos ecclesiasticos. A apreciação dos canones conciliares e dos decretos de disciplina que se referem a outras questões do matrimonio só accidentalmente poderia interessar ao assumpto d'estes estudos, onde cumpre evitar digressões. Será occasião de os lembrar quando, por acaso, possam trazer alguma luz ao objecto que tenho em mira, — o provar que a doutrina catholica jámais negou a coexistencia do consorcio celebrado sem os ritos ecclesiasticos ao lado do sacramento, e sempre reconheceu n'elle a validade juridica, até entre catholicos, embora, em relação á crença religiosa fosse peccaminoso e illegitimo, isto é, não conforme ás leis da igreja.

Vejamos, pois, o que, sobre este ponto, se estatuiu na assembléa de Trento.

No 1.º canon, o concilio anathematisa os que disserem que o matrimonio não é verdadeiro e propriamente um dos sete sacramentos *da lei evangelica* e *instituido por Christo*, mas inventado na igreja pelos homens, e que não confere a graça divina.

No 1.º decreto de disciplina, depois de começar pelas palavras em que se mantem a doutrina constante da validade dos casamentos clandestinos até aquella épocha, palavras que já citei textualmente, (p. 43), os padres proseguem, estendendo a mesma doutrina da validade aos casamentos dos filhos familias celebrados sem consentimento dos paes, e applicando os mesmos anathemas aos que os considerarem nullos e que affirmarem que a validade ou nullidade delles pende do arbitrio paterno. Confessam, todavia, que a igreja sempre prohibiu e detestou tanto uns como outros consorcios. Attendendo, portanto, a que essas prohibições não aproveitavam já, porque não eram guardadas, e aos graves peccados e damnos que provinham *dos dictos casamentos clandestinos*, ordenam que tres denuncias, feitas pelo parocho dos contrahentes em tres dias-sanctos consecutivos, precedam a celebração do casamento, a que se procederá á face da igreja, não apparecendo impedimento legitimo: 2.º que o parocho, interrogados os nubentes e ouvido o seu mutuo consenso, diga: *uno-vos em matrimonio no nome do padre, do filho e do espirito sancto*, ou outras palavras analogas, conforme o ritual da respectiva diocese: 3.º que, suspeitando-se que podem intervir impedimentos maliciosos para embaraçar as nupcias, se faça só uma denuncia ou nenhuma, com tanto que ao casamento assista o parocho e duas ou tres testemunhas, fazendo-se depois as denuncias antes da consummação, se o bispo não as dispensar: 4.º que quem contrahir matrimonio sem estar presente o parocho, ou outro sacerdote por permissão do parocho ou do prelado,

e duas ou tres testemunhas, seja inhabil para assim o fazer, e irrito e nullo o consorcio. Segue-se a estes preceitos essenciaes a sancção penal contra os que lhes desobedecerem, abrangendo-se nella os contrahentes, o parocho, as testemunhas, e qualquer sacerdote que em tal acto intervenha. O decreto aconselha depois aos noivos que recebam as bençãos ulteriores da igreja, dadas pelo parocho ou por outro sacerdote delegado por elle ou pelo bispo, e a que se confessem e communguem préviamente. Estabelece, emfim, o registo parochial dos casamentos, e determina que as disposições alli conteúdas só comecem a vigorar em cada parochia trinta dias depois de serem publicadas na mesma parochia, contados desde aquelle em que se fizer a primeira publicação.

Tal é o canon doutrinal qué affirma a existencia do sacramento: taes são as normas estabelecidas pela nova disciplina para a celebração dos consorcios catholicos. Quem conhecer a historia, embora incompleta, das considerações de ordem publica, das difficuldades politicas, dos longos debates, doa escrupulos encontrados, das luctas de opiniões individuses e de opiniões de oppostas escholas, das resistencias tenazes que influiram na feitura e precederam a promulgação d'aquelles importantes actos do concilio, não póde deixar de ser indulgente para com elles; mas quem os appreciar no seu valor absoluto não póde, tambem, deixar de notar o que ha vacillante, obscuro, illogico na sua redacção. A obscuridade do canon é obvia. A palavra matrimonio tem alli forçosamente a significação de *sacramento do matrimonio*, Christo instituiu um sacramento; não instituiu um contracto, e o do matrimonio existia antes da lei evangelica. Fez, porém, do contracto um sacramento, ou instituiu um sacramento para sanctificar o contracto? O concilio não o diz, precisamente, claramente, como cumpria, e comtudo os

dous systemas não são indifferentes, porque conduzem a apreciações diversas. Apparentemente, nenhum d'elles ficou sendo erro de fé; nenhum d'elles ficou sendo doutrina catholica exclusiva, e a theologia continuou a fluctuar entre estes dous termos, como fluctuava até aquelle tempo.

Que se me permitta, todavia, fazer aqui uma digressão critica ácerca d'essa duvida, digressão que, aliás, versa sobre um facto assás curioso, no qual até agora ninguem, que eu saiba, advertiu. Tenha paciencia o leitor. É preciso ajudar os neo-catholicos a edificar este paiz ácerca da sanctidade da corte de Roma, que nos espolia do nosso padroado na Africa, e na Asia, que mutila as nossas dioceses, que insulta as nossas leis nas concordatas que celebra comnosco, que prohibe ás corporações religiosas que obedeçam ao governo e ás leis em materias temporaes, que ordena aos nossos prelados celebrem synodos de vulgacho e de mulheres para redigirem novos symbolos de S. Athanasio; que calumnia os nossos monarchas mais queridos e nega obscuramente a calumnia, porque treme pelo preço das dispensas e pelo dinheiro de S. Pedro, emquanto homens publicos, sem patriotismo e sem dignidade politica, deixam os restos do calumniado esquecidos e sem vingança na crypta solitaria de antigo mosteiro. É preciso fazer conhecer bem a probidade da curia, que só por amor da religião e excesso de zelo moral faz essas injurias, practica essas violencias, levanta essas calumnias, offende esses direitos. Permitta-se-me, ao menos a mim, que pague como portuguez a quota que me pertence na divida em que estamos com Roma.

A historia que vou contar é a de mais uma traição que a maldicta invenção da imprensa tem feito á *boa causa*.

Os canones e os decretos do matrimonio promulgados em

Trento a 11 de novembro foram precedidos de um preambulo. Este preambulo parece ter sido encarregado a alguma commissão de bispos que seguiam a doutrina da distincção entre o contracto e o sacramento. Devia ser assim, porque a decisão da maioria que estabeleceu a nova disciplina estribava-se naturalmente n'essa distincção. Vai-se buscar n'aquelle preambulo a origem do casamento perpetuo e indissoluvel ao consorcio de Adão e Eva. « *Christo* — accrescenta-se ahi — *ensinou com mais clareza que este vinculo só podia unir e ligar dous individuos.* » — E depois — « O *mesmo Christo, porém, instituidor e aperfeiçoador dos veneraveis sacramentos, com a sua paixão, obteve para nós por seus merecimentos a graça que* completasse *o natural amor*, confirmasse *a indissoluvel unidade, e* sanctificasse *os casados.* Esta linguagem exprime a idéa de um sacramento que sanctifica um contracto anterior e os contrahentes; não exprime a idéa de um contracto sacramento. O mais importante, porém, é o § que segue. Antes de o examinar, cumpre fazer umas advertencias previas.

A curiosidade de saber o que se resolvia no concilio devia ser grande no publico. Segundo parece, quando em qualquer sessão solemne se votava uma doutrina dogmatica ou um decreto de disciplina, publicava-se logo pela imprensa. Existem as decisões da sessão de 11 de novembro de 1563 sobre o matrimonio, impressas immediatamente em Brescia, na imprensa de del Sabbio, como se imprimiram as anteriores e as subsequentes: existe, além d'essa, a primeira edição authentica dos canones e decretos do concilio feito em Roma no anno seguinte (1564) e subscripta pelo secretario e pelos dous notarios do concilio: existe outra do mesma anno, impressa em Lisboa por ordem do cardeal-legado o infante D. Henrique, sobre o exemplar da primeira, que o papa lhe remettera por um proprio, a fim de serem aquelles ca-

nones e decretos publicados em Portugal. Os exemplares d'esta edição, impressos por Francisco Correia, são todos assignados de chancella por Fr. Manuel da Veiga, em virtude de uma provisão do cardeal infante. Outras edições existem que reproduzem a primeira, feita pelos proprios officiaes do concilio nos mezes immediatos ao encerramento d'este, quando as actas ainda não se haviam recolhido ao castello de S. Angelo. A authenticidade de todas ellas é indisputavel.

É sabido que o verbo *praestare* tem duas significações principaes, a de *estar adiante, preceder*, ou figuradamente *ter mais valor ou excellencia*, e a de *subministrar, dar, conferir*, mas activamente ou permanentemente, no que se distingue de *praebere*.

É tambem sabido que em latim *connubium* é mais que *conjugium* ou *matrimonium:* é o casamento perfeitamente válido e civilmente legitimo.

O 4.º § do preambulo aos canones e decretos do matrimonio, na edição de Brescia de 1563, na authentica de Roma de 1564, na reproducção feita em Lisboa n'este mesmo anno, e em outras d'esse tempo mencionadas por Le Plat, começa assim:

Cum igitur matrimonium in lege evangelica veteribus connubiis per Christum gratiam *praestet, merito inter novae legis sacramenta annumerandum sancti patres nostri, concilia et universalis ecclesiae traditio semper docuerunt etc.*

O que se traduz:

« Como, pois, o matrimonio na lei evangelica confira, por intervenção de Christo, a graça aos antigos casamentos legi-

timos, com bom fundamento ensinaram sempre os sanctos padres, os concilios e a tradição da igreja universal que se devia incluir entre os sacramentos da lei nova. »

Mas nas edições posteriores approvadas em Roma, e que subministram o texto actualmente recebido do concilio de Trento, o accusativo *gratiam* foi substituido pelo ablativo *gratia*. Então a traducção é:

« Como, pois, o matrimonio, na lei evangelica, por intervenção de Christo, leve vantagem na graça aos antigos casamentos legitimos, com bom fundamento etc. »

No primeiro texto, o preambulo presuppõe a doutrina da primitiva igreja, de Guilherme de Paris, de Melchior Cano, de D. Fr. Bartholomeu dos Martyres, do arcebispo de Granada, Guerrero, dos theologos francezes enviados a Trento, isto é, que o sacramento do matrimonio foi instituido para sanctificar o casamento válido e legitimo de direito natural e civil (*connubium*). No segundo texto, o matrimonio christão contrapõe-se ao casamento anterior á lei evangelica, é uma cousa analoga, mas radicalmente diversa e mais excellente do que elle pela graça. O novo contracto nasce confundido com o sacramento. Uma e outra cousa pertencem indistincta e inseparavelmente á igreja.

Note-se que a doutrina em geral dos escholasticos era esta, como logo diremos; que d'ella derivava principalmente a repugnancia de quasi a terça parte dos membros do concilio a confirmarem a nova disciplina; que o famoso jesuita Salmeron era um dos campeões da manutenção dos casamentos clandestinos, a qual o seu geral Lainez tambem propugnava, chegando a declarar heretica a annullação d'elles; que os jesuitas eram então omnipotentes em Roma; que

dous dos legados do papa e o cardeal Madruccio combateram energicamente aquella resolução disciplinar; que o proprio legado Morone, presidente do concilio, não parece que morresse de amores por ella; que o papa sanccionando a nova disciplina (o papa a sanccionar as disposições de um concilio ecumenico!) não mostrava por isso que lhe fosse affecto; mostrava que queria applacar a côrte de França, irritada com elle por motivos politicos, sobretudo pela precedencia que se déra no concilio aos embaixadores d'Hespanha sobre os de França, o que era uma questão gravissima nas ridicularias diplomaticas d'aquelles e de todos os tempos. Pense-se em tudo isto; e pergunte cada qual a si proprio o que lhe diz a consciencia.

A dos impios dirá que Roma falsificou o texto do concilio. Deus me livre d'isso. Quanto a mim, quando as actas originaes se aferrolharam no castello de S. Angelo, as portas do aposento onde se esconderam aos olhos profanos do orbe catholico, batendo com força, fizeram estremecer o pavimento. O *m* de *gratiam*, que apparecera nas primeiras edições, despegou-se então da respectiva folha das actas, caiu no chão, e perdeu-se. Quando foram buscar o texto para alguma nova edição *mais correcta*, acharam a palavra *gratia* com aquella lasca fóra. A passagem ficava pouco nitida, arrevesado o latim; mas respeitaram o original. Foi excesso de escrupulo na fidelidade litteraria. Imprimiram innocentemente o que acharam.

Castello de S. Angelo, castello de S. Angelo, o que dirias tu, se fallasses! [1]

[1] Sobre estas falsificações, em que os curiaes são useiros e vezeiros, veja-se Ed. Richer, *Histor. Concilior. General. L.* IV *P.* 2 *p.* 132, Pereira de Figueiredo, *Tentativa Theol.* p. 136, e *Anonymi Romani Vana Religio* p. 312 e segg., Agier, *Du Mariage* T. I. p. 478 e

É indubitavel que, attendendo ás necessidades prácticas da vida civil no seio das nações catholicas, a suppressão da clandestinidade tinha innegaveis vantagens, uma vez que o concilio não abraçava como exclusivamente verdadeira a doutrina de uma parte importante dos seus membros, de que o sacramento só se dava nos casamentos sanctificados pela religião em conformidade dos ritos. Admittida francamente esta opinião, que se estribava nas tradições da igreja primitiva, e que depois predominou entre os theologos mais eminentes dos seculos seguintes, as difficuldades aplanavam-se. O concilio tinha só que definir a doutrina do sacramento, decretar a respectiva disciplina, e dizer ao poder temporal que remedeiasse elle os males de que se queixava, estatuindo como entendesse sobre as formulas e garantias do contracto, negando, se quizesse, os effeitos civis aos casamentos clandestinos, que a igreja tinha respeitado e querido que respeitassem como derivados das origens historicas do velho testamento, do direito natural, e fundados no direito commum positivo (direito romano); mas sobre os quaes os principes podiam legislar, na certeza de que para o catholicismo, conforme a tradição apostolica, mantida constantemente durante dezesseis seculos, na sociedade espiritual só havia um casamento legitimo, o que era feito á face da igreja, abençoado pelo sacerdote, e sanctificado pelo sacramento.

segg. Todavia, a que de novo noto aqui não é de certo a menos importante. Ácerca da ultima votação do concilio sobre pedir-se ao papa a confirmação das definições e dos decretos do mesmo concilio, em que, depois da proposição do cardeal Morone, apparece na edição de Roma de 1564 *Responderunt : Placet*, adverte Richer que na edição de Paris d'esse mesmo anno, feita por Hervet, um dos theologos francezes que foram com o cardeal de Lorena, apparecem mais as seguintes palavras *tribus dumtaxat exceptis*. Ha, porém a este respeito outro facto, talvez mais curioso. É que na edição de 1563 de Brescia, impressa dias depois de acabar o concilio, vem a proposição de Morone, mas falta absolutamente o *Responderunt : P lacet.*

Grande parte, porém, dos membros d'aquella assembléa estavam longe d'estas idéas. Quem compara os extractos da discussão feitos por Pallavicino nota, sobretudo, dous factos. O primeiro é a variedade, as diversas modificações de opinião que reinavam no proprio seio de cada uma das duas principaes parcialidades que se gladiavam ácerca da suppressão ou manutenção dos casamentos clandestinos, variedade e modificações que não eram menores entre as opiniões dos theologos consultores. O segundo facto, se acreditarmos que o historiador semi-official do concilio aproveitou para os seus extractos os discursos mais notaveis e das pessoas mais doutas, é a ausencia da boa erudição ecclesiastica. Em geral, as citações de textos da biblia, dos sanctos padres, dos concilios, dos monumentos primitivos da igreja são raras, e, ainda assim, essas mesmas passagens invocam-se porque se acham citadas no corpo das decretaes. As decretaes e as subtilezas da eschola subministram aos oradores os principaes elementos de discussão. A theologia escholastica, predominante ainda no seculo XVI, explica esta situação dos espiritos.

A escholastica, que era um systema de estudo e ensino da theologia começado no seculo XI e estabelecido geralmente na igreja durante o seculo XII, foi, na sua origem, um verdadeiro progresso. Tinha por alvo dar á doutrina catholica a estructura scientifica, e harmonisar quanto fosse possivel a sciencia das cousas divinas com a philosophia e com a sciencia das cousas humanas. Era nobre e elevado intuito. A philosophia e a sciencia d'aquelles tempos semibarbaros é que eram insignificantes. Lanfranco, S. Anselmo, Ivo de Chartres, Hildeberto de Tours, Abeilard podem considerar-se como os fundadores da escholastica. Pedro Lombardo, mais conhecido pela denominação de *Mestre das sentenças*, organisou nos fins do seculo XII um corpo de

doutrina theologica dando-lhe definitivamente a forma scientifica, e Hugo e Ricardo de S. Victor, Pedro de Poitiers e outros generalisaram o seu systema. Foi desde então que começou a perversão d'aquella celebre eschola. As subtilezas da philosophia aristotelica e as interpretações da escriptura em que se dava ás passagens simples e claras desta um sentido figurado, começaram a obscurecer a doutrina e a introduzir no ensino da sciencia mais grave puerilidades intoleraveis. Apezar da guerra que S. Bernardo e outros homens notaveis, que previam as consequencias a que o systema adoptado havia de levar os fautores da nova eschola, fizeram áquelle systema, quasi desde os seus primeiros passos, a escóla de Pedro Lombardo triumphou por fim, e o livro do *Mestre das sentenças* ficou sendo o fundamento e texto principal dos estudos theologicos. No seculo seguinte e nos subsequentes, os discipulos não fizeram senão exaggerar os defeitos dos mestres. « Os escholasticos — diz um escriptor insuspeito — [1] não só ventilavam um sem numero de questões inuteis, frivolas e ás vezes ridiculas, mas levaram tambem ao ultimo auge as subtilezas da logica e da metaphysica. Preferiam provar os dogmas da fé pelas maximas de Aristoteles a proval-os pela escriptura e pela tradição; forjaram termos barbaros e inintelligiveis para exprimir as proprias idéas; finalmente, grande parte d'elles tractaram unicamente de tornar problematicas todas as questões, e de sustentar o pró e o contra para fazerem sobresair a subtileza do seu engenho.»

Houve sempre na igreja quem protestasse contra taes delirios, e contra os erros mais ou menos funestos que necessariamente derivavam desse falso methodo scientifico. Taes foram o cardeal d'Ailly, João Gerson, Nicolau de Clemangis e outros. Mas ainda no seculo XVI elle imperava nas escbólas

[1] Bergier, Dictionn. Theolog. V. *Theologie Scholastique.*

onde tinham recebido a educação litteraria os prelados que assistiram ao concilio de Trento. Um bispo que n'aquelle tempo conhecia bem as decretaes e a theologia escholastica não era homem de sciencia vulgar. Ora a escholastica havia confundido o contracto matrimonial de direito natural e civil com o sacramento, que sanctificava o consorcio christão com as bençãos da igreja. D'esta confusão, que S. Thomaz soube evitar, até certo ponto, pela superioridade do seu genio, derivaram tanto a doutrina, que ainda dura entre uma parte dos theologos, de serem os contrahentes os proprios ministros do sacramento, como as interminaveis questões ácerca da materia e da fórma d'elle, questões que, aliás, versam sobre formulas que a theologia foi pedir á philosophia tenebrosa da idade média e que lhe eram desconhecidas nos seculos primitivos do christianismo. O pouco estudo que se fazia dos monumentos ecclesiasticos d'aquelles bons tempos era a principal causa d'essa variedade de opiniões. Faltava o facho da tradição. Parava-se na distincção que sempre se fizera entre o casamento válido e legitimo, isto é celebrado com os ritos sagrados, e o casamento válido mas illegitimo, isto é, fundado apenas no mutuo consenso, no principio do simples contracto. A razão historica e juridica da distincção ou desconhecia-se ou esquecia-se. O matrimonio contrahido entre christãos, fosse como fosse, era sempre sacramento. Á cegueira da eschóla não repugnava a idéa de haver um sacramento que, segundo circumstancias accidentaes (porque no systema dos escholasticos, nem os ministros, nem a fórma, nem a materia, nem os sujeitos variavam entre o matrimonio á face da igreja e o matrimonio clandestino) era ao mesmo tempo legitimo, sancto, abençoado por Deus, e illegitimo, criminoso, impio, detestavel. Um sacramento detestado pela igreja!

A doutrina que evitava estes absurdos não se obscurece-

ra, porém, de todo. Além dos theologos francezes, que em Trento pugnaram energicamente pela distincção entre o contracto e o sacramento, o celebre Melchior Cano, que ainda assistira ao concilio no tempo de Julio III, tinha-a demonstrado com tal força e clareza [1] que muitos homens distinctos iam adoptando successivamente a opinião do grande bispo hespanhol, de modo que já no seculo seguinte esta era frequentemente sustentada nas theses de algumas faculdades de theologia [2]. No espirito d'aquelles mesmos padres de Trento que mais preoccupados estavam pelas idéas dos escholasticos a san doutrina rompia ás vezes como clarão brilhante. Dos seus discursos, tanto a favor como contra a nova disciplina, cujo extracto nos subministra o historiador do concilio, se vê que, embora muitos d'elles, e até dos que votavam pela reforma, confundissem o sacramento com o contracto, não deixavam ás vezes de reconhecer que, natural e radicalmente, este era um acto de ordem juridica, sobre o qual *a república*, isto é, a sociedade temporal, tinha maior ou menor acção. Se podessemos examinar as actas do concilio, quantos outros não achariamos accordes em distinguir o contracto ligado ao sacramento do contracto desligado d'elle? Mas as actas do concilio estão fechadas no castello de S. Angelo, para que não se torne a despegar alguma letra que transtorne o sentido dos seus decretos, com grave jactura da doutrina da igreja e desarranjo nas maximas da curia romana.

Á vista dos extractos de Pallavicino e das actas manuscriptas de D. Jorge de Attaide, que infelizmente não passam do dia 30 de outubro de 1563, conhece-se que alguns dos prelados que votaram pela reforma tinham inventado uma

[1] M. Canus—De Locis Theolog. L. 8 c. 5.
[2] Juenin, Institut. Theolog. Quaest. 2 De Matrim. c. 2.

singular entelechia para estribarem o seu voto. Concebiam como existente uma imaginaria *respublica christiana*, com caracteres temporaes, cujos orgãos e representantes pensavam ser. Era assim que elles annullavam o contracto clandestino. Mas onde existia a tal *respublica christiana?* Os laços espirituaes que ligavam os individuos catholicos não podiam formar senão uma sociedade espiritual, e esta sociedade era a igreja. Como sociedade temporal, as suas relações não podiam ser senão juridicas. Qual era, porém, o direito publico interno que constituia a estructura d'essa *respublica christiana?* Não havia tal cousa. O que havia unicamente, na realidade dos factos, era nações diversas, cujos membros pertenciam tambem pela sua crença á sociedade catholica, isto é, á igreja. A igreja de um lado, e os estados, as nações do outro, eis o que existia. Os bispos fundiam as nações, essas pessoas moraes, n'uma pessoa ficticia, e procediam como se esta fosse real: depois elegiam-se a si proprios delegados d'ella para votarem a annullação do contracto matrimonial. A ficção não vinha, em verdade, a servir senão para n'ella se estribar a competencia do concilio quando resolvia ácerca de um contracto, que não era assumpto religioso. As mais elementares noções de direito publico bastam, porém, para fazer conhecer quanto essa base era falsa. De que ponto partia, por exemplo, o arcebispo D. Fr. Bartholomeu dos Martyres? Do direito que tinham os *principes* de pôr condições aos subditos sobre o modo de celebrar o contracto conjugal, e de que, annullando-se os casamentos clandestinos, não se atacava o sacramento, mas sim o contracto. Estas palavras não carecem de commentario. Tirada a ficção da *respublica christiana*, o que ficava da doutrina do prelado bracharense? Puramente a auctoridade da soberania civil sobre o pacto nupcial.

Mas, dir-se-ha, os principes temporaes reconheceram e, até,

solicitaram a auctoridade do concilio para annullar o contracto matrimonial clandestino. É verdade. Tinham para isso sobejas razões de conveniencia politica. Davam assim o valor de decisão da igreja a uma providencia de policia civil e evitavam a lucta com Roma, que, interessada em conservar exclusivamente debaixo do seu imperio o mais importante acto da vida social, a constituição da familia, achava n'esse interesse um incentivo para se manter no seu afferro á doutrina escholastica da confusão inextricavel do contracto de casamento com o sacramento do matrimonio, pensando, como ainda hoje pensa, que é esse um dos seus mais poderosos elementos de preponderancia na vida civil. Se um decreto conciliar não annullasse os consorcios clandestinos, e essa annullação houvesse partido directa e exclusivamente da soberania temporal, a Europa teria visto, talvez, alevantar-se, em ponto grande, um tumulto analogo ao que vai hoje n'este pequeno theatro de Portugal contra o estabelecimento do casamento civil facultativo. Se o jesuita Lainez, a quem, por um abuso intoleravel, se dera voz e voto no concilio, não pertencendo ao corpo hierarchico dos pastores da igreja, tinha a insolençia de chamar á maioria dos bispos, na sua presença, herejes calvinistas, porque supprimiam a clandestinidade, o que faria aquella especie de cura Merino papal á frente da sua guerrilha pontificia, se tal providencia fosse tomada pelos reis de França ou d'Hespanha, pelo imperador d'Allemanha ou pela senhoria de Veneza, sem o assumpto ser primeiramente submettido á apreciação da igreja? As descargas cerradas d'invectivas e d'injurias não seriam menores contra os principes temporaes d'então do que as dos nossos neo-catholicos contra a maioria da commissão revisora do codigo civil. A unica differença consistiria em que haviam de o fazer com mais sciencia e talento, no que não teço descomedido elogio á sciencia e talento de Lainez e dos seus jesuitas.

Catholico Lainez, hereje D. Fr. Bartholomeu dos Martyres! Injuriae-nos; deveis injuriar-nos, confrades dos filhos de S. Ignacio de Loyola.

A quebra que, na apparencia, padecia o poder temporal, pedindo á igreja remedio contra os males da clandestinidade, era illusoria. Até onde chegava o poder dos principes nos assumptos de ordem publica que se ligavam com as cousas espirituaes sabia-se na segunda metade do seculo XVI incomparavelmente melhor do que um ou dous seculos antes. Se a sciencia theologica tinha feito os progressos cujo clarão ia reflectir n'aquelle congresso de cardeaes, de bispos *in partibus*, de bispos italianos, de chefes de congregações monasticas e apenas de alguns poucos prelados diocesanos hespanhoes, portuguezes, allemães e francezes, que, todos junctos, não equivaleriam, talvez, á quarta parte dos membros da assembléa de Trento; se, digo, a melhor sciencia theologica ahi exercia tanta influencia, a sciencia juridica tinha dado passos muito mais agigantados na sociedade civil. Demoulin, Coquille, Pasquier e outros jurisconsultos eminentes iam reduzindo já ao seu justo valor as pretenções do sacerdocio, e forçavam, ao menos theoricamente, o poder espiritual a encerrar-se nos justos limites da sua auctoridade. As disposições do concilio, para vigorarem e obrigarem em qualquer dos paizes catholicos, dependiam da promulgação de uma lei do soberano que lhes désse força obrigatoria, e essas disposições tornavam-se assim virtualmente preceitos de lei temporal em todas as materias civis, até as raias extremas onde começasse o puro poder espiritual. Fossem quaes fossem os assumptos sobre que o concilio legislasse, em tudo aquillo que estivesse fóra do alcance legitimo da auctoridade da igreja, qualquer providencia alli tomada não passava juridicamente de uma proposta ou de um conselho offerecido á soberania temporal. O mesmo concilio havia re-

conhecido implicitamente esta doutrina. Quando Lainez ponderou que não se deviam prohibir de modo absoluto os casamentos clandestínos, dando ou por astucia ou, se quizerem, por inadvertencia, como uma das razões para isso que os principes catholicos podiam não acceitar os novos estatutos disciplinares, o concilio, conforme o testemunho de Pallavicino, adoptou, em attenção a esse motivo, a disposição restrictiva que se lê no primeiro decreto do matrimonio, de que este não vigorasse em nenhuma parochia antes de passarem trinta dias depois de ser ahi publicado, o que mantinha indefinidamente a validade dos consorcios clandestinos em todas aquellas onde essa publicação se não fizesse, fosse porque motivo fosse. Esta modificação, adoptada em consequencia do valor que se deu ás considerações do chefe dos jesuitas, era o mesmo que advertir os principes de que o concilio admittia a possibilidade de elles não consentirem que tivessem execução os seus mandados.

Por singular que fosse tal facto, d'aquella restricção, adoptada em attenção ás observações de Lainez, derivava outro não menos singular. O geral dos jesuitas não ponderava só a resistencia possivel de algum principe catholico; ponderava as consequencias da nova disciplina nos paizes protestantes, e, segundo o que se deprehende de Pallavicino e que é confirmado pelo jesuita Stoz [1], essas consequencias lembrava-as, não só em relação aos catholicos que ahi residissem, mas tambem em relação aos proprios herejes, sobretudo no que tocava aos effeitos civis da constituição da familia. O concilio, admittindo, de accordo com o prelado jesuita, a continuação de consorcios clandestinos com o caracter de validade, tanto para os catholicos como para os acatholicos, nos paizes protestantes, vinha a cair n'aquillo que quizera

[1] Succincta Relatio de Gestis in Concilio Tridentino (Dilinga e 1695) p. 501.

evitar, o proferir juizo entre a opinião de que o consorcio não celebrado á face da igreja era um simples casamento civil, e a opinião que a esse acto attribuia tambem o caracter de sacramento. Desde que reconhecia como válido perante a igreja o consorcio clandestino do protestante, reconhecia necessariamente que a indole de taes consorcios era puramente civil, visto que os herejes não eram habeis para receber o sacramento, não acreditando n'elle. Consentindo, por outra parte, que em certos casos, aliás frequentissimos, os catholicos contrahissem por aquelle modo as uniões conjugaes, o concilio acceitava para os proprios fieis em determinadas hypotheses o casamento civil; de modo que, se em regra o annullava para os catholicos, não só lhe dava, nos casos em que o permittia, a validade que lhe reconhecera o antigo direito canonico, mas tambem o tornava licito, o que este nunca admittira.

D'onde provinham todas estas singularidades? De que se fazia o que se podia, e não o que se devia. A situação da assembléa era difficilima. Tinha-se de transigir com opiniões e interesses encontrados, persistentes, tempestuosos. D'estas situações é quasi impossivel que a verdade e a consistencia das doutrinas não saiam cubertas de feridas e pisaduras. Os proprios decretos de disciplina começam por disposições illogicas. Equiparam-se ahi nas invectivas os casamentos clandestinos e os celebrados pelos filhos familias sem licença paterna, posto que sejam dous factos, duas especies diversas. Tanto n'uma como n'outra, a igreja vira sempre consorcios verdadeiros e válidos; mas sempre os prohibira e detestara igualmente. A experiencia tinha provado que a desobediencia tornava inuteis as prohibições, tanto n'um como n'outro caso. D'ahi resultava a necessidade de mais efficaz remedio, remedio que o concilio achara a final na annullação. A consequencia forçosa era applicar esta a ambas as especies, como o exigia a

França. O concilio resolveu, todavia, o contrario: annullou os clandestinos e manteve os outros, sem dar a razão d'isso; sem excogitar, ao menos, algum meio novo, bom ou mau, para os reprimir. O seu silencio a tal respeito era uma declaração de impotencia. Esta redacção illogica explica-se por ter primeiramente vogado a idéa de se annullarem ambas as especies de consorcios, e o acto conciliar fôra a principio redigido n'este sentido. No meio das difficuldades que surgiam de todos os lados, não se attendeu a que, alteradas as disposições do decreto, era necessario pôr em harmonia com ellas a exposição dos motivos. A maioria repugnava a annullar os casamentos dos filhos familias feitos sem consenso dos paes, e é obvio porque repugnava. Contrahidos pela maior parte clandestinamente, a providencia tomada contra os clandestinos lá iria de ordinario invalidá-los. Ficavam só os que fossem celebrados á face da igreja, e a que, apesar da publicidade estabelecida pela nova disciplina, a auctoridade paterna, por qualquer accidente, não podesse obstar. Se o concilio recusava formalmente annullá-los, é que nos animos tinha entrado, mais ou menos profundamente, a persuasão de que elles eram sacramento e os clandestinos não o eram. Não me parece possivel explicar de outro modo a flagrante contradicção do decreto.

Decerto, o concilio não definiu se o sacramento era ou não era o mesmo que o contracto nas sociedades catholicas; nem poderia declarar que não o era sem produzir grave perturbação na igreja. A escholastica, que confundia as duas idéas, ainda dominava no ensino da theologia e dos canones, e os parciaes d'essa confusão estavam tão afferrados ás suas doutrinas que, como vimos, ameaçavam levantar um scisma. Seria isso a maior das calamidades n'aquella conjunctura e um grande triumpho para o protestantismo. Condemnar formalmente a opinião de perto de sessenta prelados, entre os

quaes se contavam dous ou tres legados do pontifice, o cardeal Madruccio, os patriarchas de Veneza e Jerusalem, ultrapassava as forças moraes da maioria. O primeiro canon relativo ao matrimonio deixava a porta aberta ás interpretações de ambas as parcialidades, e os theologos ficavam habilitados para disputarem eternamente. As opiniões da maioria estavam, porém, registadas nas actas com sufficiente clareza, e manifestavam-se de modo possivel no preambulo geral dos canones. Não occorria que ambos esses recursos se podiam inutilisar, sumindo-se as actas para sempre no castello de S. Angelo, e falsificando-se, passado algum tempo, aquelle preambulo. Com as illações que no futuro se tirariam do complexo dos preceitos conciliares, avaliados á face das tradições da primitiva igreja, á face dos seus monumentos e da sua historia, e com a paciente analyse de que são capazes os espiritos que buscam a vêrdade, é que, talvez, não contava a maioria para serem no futuro apreciadas com equidade as suas idéas e intenções. E todavia, era essa a melhor garantia que tinha o concilio. O espirito humano não é um codice que se afferrolhe em S. Angelo ou uma doutrina que possa impudentemente falsificar-se.

VI

Recapitulemos os factos que apontei e as ponderações que fiz nos dous precedentes estudos.

O concilio de Trento estabeleceu a nova disciplina do matrimonio debaixo da pressão temporal, debaixo, sobretudo, da pressão de uma das principaes potencias catholicas, a qual pretendia extirpar um cancro que corroía a molécula social, a familia. Este cancro era a clandestinidade. Attribuindo ao concilio o poder de destruir o mal, os principes seculares, segundo as idéas de hoje e segundo as idéas que já vogavam entre muitos jurisconsultos d'aquelle tempo, cerceiavam uma parte da sua soberania; mas sabiam como haviam de reintegrá-la. Entretanto, faziam um negocio altamente vantajoso. Davam o valor moral de decisão da igreja a uma boa providencia de policia civil ante os olhos das turbas fanaticas e ignaras, e por outra parte açamavam a turbulencia e a hostilidade de uma grande parte do clero, como as turbas, ignorante e fanatico. Era, tambem, impellido o concilio a adoptar a resolução que a final adoptou pela dou-

trina contraria á dos escholasticos, e que uma parte d'estes até certo ponto acceitava; mas tinha que contar com a resistencia d'aquelles que mantinham de um modo absoluto a opinião adversa. Da resumida historia dos longos e repetidos debates que houve sobre o assumpto, das observações a que se prestam os factos, do exame attento do preambulo que precede os canones matrimoniaes, no seu estado anterior a uma torpe falsificação, e, emfim, das antimonias do decreto disciplinar que annulla os casamentos clandestinos, o que se deduz é que na conjunctura em que se chegou a votar definitivamente na materia, a distincção entre o contracto conjugal e o sacramento do matrimonio tinha ido fazendo gradualmente numerosos proselytos, embora as adhesões fossem mais ou menos completas, e houvesse no modo de conceber essa doutrina idéas mais ou menos confusas.

Mantendo-se a tolerancia da clandestinidade em todos os gremios parochiaes onde se não fizesse a publicação dos decretos conciliares, com o intuito de dar validade aos consorcios protestantes, o casamento clandestino ficava necessariamente com o caracter de não-sacramento, isto é de simples casamento civil. Mas, continuando a vigorar a clandestinidade nos gremios puramente catholicos, onde por qualquer motivo, inclusivamente pela falta de permissão do soberano temporal, deixasse de haver aquella publicação da nova disciplina, a validade do consorcio não-sacramento dava-se tambem entre os fieis. Se, porém, o casamento clandestino era desde então um simples contracto de direito natural e civil, o que tinha sido elle anteriormente? Mudara a doutrina da igreja? Taes são as illações que se tiram do primeiro decreto de disciplina. Se nos canones dogmaticos não ficava definido directamente que só havia sacramento quando este consagrava o matrimonio legitimo por inter-

venção do ministro de todos os outros sacramentos, o sacerdote, e se nos decretos disciplinares se evitavam quaesquer phrases, quaesquer disposições que podessem reputar-se uma negação positiva da opinião da minoria, a qual ameaçava, se tal se fizesse, dilacerar a igreja com um scisma, é certo que, virtualmente, o concilio dava a victoria, pela logica dos factos e pela exposição preambular dos canones matrimoniaes, (que não se falsificou sem motivo) á doutrina consentanea com a tradição primitiva e com a boa razão, doutrina que, como observa o grande benedictino allemão Gerbert [1], é aquella que tem mais força e é mais invencivel contra os erros protestantes ácerca da não-existencia do sacramento do matrimonio.

Desde a épocha do concilio tridentino até os principios d'este seculo, a boa theologia foi gradualmente triumphando das subtilezas escholasticas. Os theologos do seculo XVIII verdadeiramente instruidos acceitaram a distincção entre o contracto e o sacramento, entre o contrahente e o ministro do altar, sem repugnancia. O que devia repugnar-lhes, pela nobreza e pureza do sentimento christão, era admittir que o simples acto da união physica arrastasse comsigo o sacramento, e isso seria inevitavel, supposta a doutrina contraria, nos consorcios clandestinos *presumidos*, em que apenas se parte do facto de terem precedido esponsaes, ou apenas da *presumpção* d'esse facto. Não ha sophisma, não ha subtileza, n'esta parte, contra os quaes a voz de uma consciencia catholica se não rebelle. Que a lei civil veja n'aquelle acto grosseiro uma união civil válida, podem aconselhá-lo as conveniencias sociaes, para occorrer a maiores males: ver-se, porém, na torpeza um sacramento, é opinião que todo o espirito não prevertido pelas argucias de uma van

[1] Princip. Theolog. Sacramentalis (S. Blasii 1759) p. 550.

theologia ha-de reputar horrivel e indigna do homem, não digo já catholico, mas que apenas considere o catholicismo como uma religião respeitavel pelos seus immensos serviços ao progresso do genero humano.

Ninguem, talvez, exprimiu com mais precisão e energia a san doutrina a respeito d'este assumpto do que os dominicanos de Paris no vasto *Diccionario das Sciencias Ecclesiasticas* de Richard [1]. « Só os presbyteros e bispos — diz-se ahi — são ministros ordinarios dos sacramentos da lei nova, e portanto, são-n'o tambem do matrimonio, que é verdadeiro sacramento. Pois, que razão póde haver para este fugir á regra commum? Não tem visos de zombaria asseverar que os sacerdotes, sendo por direito divino dispensadores dos sagrados mysterios, hão-de ser meros testemunhas na administração do sacramento do matrimonio, que, perante elles, conferirão a si proprios os leigos? Quando os fieis se uniam clandestinamente, antes do concilio de Trento, casando assim em peccado mortal, não imaginavam commetter nenhum sacrilegio: faziam-n'o, porque não acreditavam que os casamentos clandestinos fossem sacramento. Não o eram, de feito; nem o são tambem nos paizes onde não está acceito o concilio de Trento, posto que sejam verdadeiros matrimonios, que importam uma sociedade indissoluvel e todas as obrigações que d'ella derivam. É o que se deve responder aos que invocam a auctoridade dos concilios, e nomeadamente do concilio de Trento, que declara *válidos* os consorcios contrahidos sem intervenção de nenhum sacerdote, emquanto se não publicar o decreto que os annulla: deve-se-lhes responder que esta especie de casamentos eram e são ainda válidos, onde o concilio não vigora, como contractos naturaes, não porém, como sacramentos. »

[1] Paris 1760—5, vol. III, pag. 822.

Vejamos qual era a eschola que n'este assumpto julgava preferivel um homem que passou a vida a combater com a incredulidade e com a heresia, e que, melhor que ninguem no seu tempo, soube até onde chegava a liberdade das opiniões theologicas sem perigo de ultrapassar as raias da crença catholica. Fallo de Bergier, do ultimo apologista desinteressado do catholicismo, antes que a descrença hypocrita convertesse este em instrumento de ambições impossiveis e das paixões reaccionarias. Ouçamos a tal proposito o celebre controversista [1]:

« Quando se diz que o matrimonio é um sacramento, falla-se unicamente do matrimonio contrahido conforme os ritos e ceremonias da igreja. Succedendo que duas pessoas não-catholicas, casadas no seio do paganismo ou da heresia, se convertam, o seu casamento é válido: fica subsistindo, sem que por isso seja sacramento. »

Depois de expôr as varias opiniões dos escholasticos modernos sobre o assumpto, Bergier prosegue:

« Mas o *maior numero* (de theologos) pensam que deve distinguir-se o sujeito que recebe o sacramento do ministro que o confere, visto que esta é a regra na administração dos outros sacramentos; d'onde concluem que os contrahentes não pódem ser ao mesmo tempo sujeitos e ministros do matrimonio. »

Até aqui Bergier expõe a doutrina da *maioria* dos theologos do fim do seculo passado. Agora vai fallar no seu proprio nome:

« Qualquer contracto para ser válido exige certas condi-

[1] Dictionnaire Theolog., v. *Mariage*.

ções, e ha pessoas que por seu estado são inhabeis para contractar. *Um contracto invalido e nullo não póde ser materia de um sacramento, porque não existe.*

Expondo a doutrina do *grande numero* de theologos que se associavam aos jurisconsultos para sustentarem a opinião, que elle tambem adopta, de que o poder civil tem o direito de intervir nos casamentos, Bergier repete o pensamento de D. Fr. Bartholomeu dos Martyres manifestado em Trento, exprimindo-o só com mais força e clareza:

« Estatuindo sobre a nullidade ou validade do contracto, o poder temporal não offende mais o sacramento do matrimonio do que offenderia o do baptismo um individuo que corrompesse a agua que, sem isso, poderia servir para se administrar este sacramento. »

Os maus catholicos são os que seguem as doutrinas de D. Fr. Bartholomeu dos Martyres e de Bergier, dos precursores d'aquella alcateia de herejes que constituiam a maioria da commissão revisora do codigo civil. Os bons catholicos são os que renovam no meio do seculo XIX as opiniões absurdas dos escholasticos da idade media e dos miseraveis que, no seculo XVI, falsificavam concilios, rituaes, missaes, tudo. Estes é que vão direitos ao ceu, onde os espera o seu patrono, o seu Christo, S. Gregorio VII.

No antigo imperio do ultramontanismo, na propria Italia, a san doutrina allumiava já o clero no fim do seculo passado. No synodo de Pistoia de 1786 lê-se: « Considerando que os padres de Trento concordemente ligaram á benção ou oração dos sacerdotes a graça e sanctidade do matrimonio, querendo que sempre a elles se apresentassem os esposos, sob pena de serem incluidos no numero dos grandissimos

peccadores, entendemos que, tendo essa benção ou oração, embora varie nos termos conforme os ritos das nações e terras, a mesma efficacia e significação, deve considerar-se como uma das partes constituintes do sacramento do matrimonio. Conseguintemente não duvidamos affirmar que o unico e verdadeiro ministro d'este é o parocho de um dos contrahentes ou o sacerdote delegado para isso por este ou pelo diocesano [1]. »

Como o adverte Bergier, foi em grande parte aos trabalhos dos jurisconsultos que se deveu completar-se a revolução nas doutrinas theologicas das escholas ácerca do matrimonio; revolução iniciada por Guilherme de Paris, e dilatada por Melchior Cano; revolução que triumphara em Trento, postoque ahi se procurasse, do modo possivel, evitar a humilhação dos vencidos, para afastar represalias fataes á igreja; revolução, emfim, a que vieram associar-se no seculo XVIII os homens mais eminentes do catholicismo. De feito, poucos annos antes de se escreverem o *Diccionario das Sciencias Ecclesiasticas* e o *Diccionario Theologico*, um jurisconsulto francez, Le-Ridant [2], tinha provado com a auctoridade dos monumentos mais irrefragaveis de todas as épochas do christianismo, com a tradição uniforme dos primeiros seculos da igreja, com as deducções irresistiveis dos factos, das auctoridades e dos principios, que o sacramento catholico sanctifica o contracto nupcial, mas que o contracto não é o sacramento; que á lei civil pertence regular as condições do primeiro, á lei da igreja regular a administração do segundo, que este não existe onde não existe validamente aquelle. O livro de Le-Ridant é o desenvolvimento e a demonstração scientifica da doutrina mantida em Trento por D. Fr.

[1] Atti del concilio diocesano di Pistoia p. 182.

[2] *Examen de Deux Questions importantes sur le Mariage* 1758, 1 vol. 4.º

Bartholomeu dos Martyres, e por outros prelados que pensavam como o famoso hereje bracharense.

No principio já d'este seculo, outro jurisconsulto, o presidente Agier [1], aproveitando a obra de Le-Ridant e as dos que ampliaram e completaram os seus graves estudos, tractou de novo o assumpto, considerando a questão do matrimonio debaixo de todos os aspectos, tanto juridicos como theologicos. Sem ser uma obra original, o livro d'Agier reune tudo quanto ha importante nos escriptores que o precederam. Não sei que exista nem sequer uma tentativa de refutação d'aquelle notavel trabalho.

Resumindo. A doutrina e a disciplina catholicas em harmonia com o concilio de Trento, não como as querem interpretar os representantes e herdeiros dos sophistas e falsarios do seculo XVI, mas como as explicaram alguns dos prelados mais illustres d'aquella assembléa, e como as entenderam depois os homens mais eminentes da igreja, é que, tanto antes como depois do concilio, o contracto matrimonial coexistiu com o sacramento do matrimonio sem se confundir com elle; que a igreja considerou sempre como dever dos catholicos associarem á constituição da familia os ritos sagrados; que estes ritos associados ao contracto são o signal sensivel da graça com que Christo quiz sanctificar esse antigo pacto, legitimado desde a existencia primitiva do homem pelas origens biblicas, pela lei natural e, depois, pelo direito positivo: que por isso, condemnando como acto peccaminoso do christão o desprezar a sanctificação do casamento, não negou durante dezeseis seculos a validade juridica d'este, nas sociedades catholicas, porque o direito é a manifestação do justo, e a justiça tambem vem de Deus;

[1] *Du Mariage dans ses rapports avec la Religion. Paris, an.* IX. 2 *vol.* 8.º

que o concilio, cedendo á força dos factos, á inutilidade das medidas repressivas para obrigar os catholicos a obedecerem aos preceitos da igreja, e quasi coagido pelo poder temporal, annullou para elles o contracto, quando não se associasse ao sacramento; que, para o fazer, tomou a si uma parte da auctoridade secular, por accordo, ou, antes, por insistencia dos principes, e legislou, não só como concilio, mas tambem como assembléa representante da *republica christan*, do complexo ideal das nações catholicas; que, nem por isso, legislando assim, alterou a antiga doutrina da igreja, porque as doutrinas d'esta são immutaveis. Onde e quando, no maior emporio do mundo ou na mais obscura aldeia, a nova disciplina não fosse publicada solemnemente, e nas mesmas onde o fosse, durante os primeiros trinta dias depois da publicação, os consorcios sem a benção da igreja, isto é, os casamentos civis, continuariam a ser válidos, aos olhos d'esta, para os proprios catholicos, como não podiam deixar de o ser os dos protestantes e dos infieis, a quem não era licito negar o direito de constituir a familia, e a quem ao mesmo tempo era impossivel administrar o sacramento.

Em que offende, pois, o systema adoptado pela commissão revisora estas doutrinas? Digam-no. A commissão respeitou como lhe cumpria a religião do paiz; mas a religião não é aquillo a que o primeiro fanatico ou velhaco se lembra de dar esse nome. O concilio quiz o que sempre quizera a igreja; quiz que o catholico unisse o contracto ao sacramento, celebrando-o perante o sacerdote. Impede-o o projecto do codigo? Dir-se-ha que o concilio declarou nullos todos os casamentos não celebrados á face da igreja? Mas como o fez, e porque o fez? Essa annullação não fórma parte da disciplina: a disciplina é uma cousa positiva e não negativa. Foi um expediente para a manter. O concilio, por

accordo dos principes, tomou nas mãos o poder temporal para annullar um contracto a que faltassem certas condições. Porque o fez? para obviar aos males que provinham da clandestinidade. Procurem lá outra razão no decreto do concilio, a ver se a acham. Empregou para isso um meio indirecto, um meio que só usando do poder temporal podia empregar. Sou eu que digo isto? Não. Disseram-no os membros da maioria d'aquella assembléa. Hoje vem o poder temporal e revoca a si o que é seu; vem a *respublica christiana*, chamada Portugal, que é uma realidade, e dispensa a innominada *rempublicam christianam*, que é uma ficção, de exercer um poder que pertence ao poder civil. E para que o faz? Para obviar de um modo mais simples, mais efficaz, mais absoluto áquillo a que *unicamente* o concilio quiz obviar, aos males da clandestinidade. Como? Acabando com ella. Creio que não faz mal o que não existe. Não sei se profiro alguma heresia: vejam lá o que diz o padre mestre Perrone. O contracto de casamento independente do sacramento continúa a subsistir, porque temos necessidade d'elle para uns certos individuos que tambem são filhos d'esta terra ou que ella perfilhou, e que não queremos levar amarrados á igreja a profanar, a insultar da parte d'el-rei o sacramento do matrimonio. O concilio deixou ficar subsistindo para estes, e até para os catholicos em certos casos excepcionaes, que são tantos ou quasi tantos como os regulares, o casamento clandestino. Nós pomos na rua a clandestinidade, inexoravelmente, sem remissão, no contracto não-sacramento. Não annullâmos o pacto; annullamos o que havia máu n'elle, conforme o sentir dos padres de Trento. Por outra parte, deixamos á igreja o que ella quer, isto é, que o catholico celebre o contracto perante o sacerdote e que o sacerdote abençoe o contracto. Não lhe tolhemos que fulmine com todas as penas espirituaes possiveis o filho desobediente. Damos-lhe quanto cabia em nós dar-lhe.

A lei civil podia ir mais longe; podia revocar a si inteiramente o contracto, e deixar á igreja o sacramento. Podia; mas devia? Essa questão, tem direito a pô-la o partido liberal, e já alguem a tem posto. A commissão resolveu-a negativamente, e resolveu-a assim, a meu ver, por gravissimas razões. A disciplina da igreja é um systema de garantia e publicidade: harmonisa-se perfeitamente com a lei secular, logo que se retire ao clero o encargo do registo civil, que foi uma excellente instituição do concilio de Trento, mas que depois se não organisou bem, e que o poder temporal está ha muitos annos a remendar sem que a igreja proteste, porque sabe que isso tambem foi obra da *respublica christiana*, do concilio exercendo um poder emprestado. E note-se que, se os parochos fizerem gosto em continuar a registar os casamentos catholicos, a lei não lh'o veda. São cidadãos de um paiz livre: façam-no á sua vontade. A manutenção, portanto, do contracto matrimonial do catholico em poder da igreja não tem inconveniente, ao passo que a aconselham considerações de alta monta. O catholicismo é a religião do estado; é a religião da maioria dos cidadãos. Aquella fórma da celebração do contracto vigora ha trezentos annos em Portugal; liga-se no commum dos espiritos á essencia do sacramento: nem se pode exigir d'elles a instrucção necessaria para distinguir essas cousas. Ha, até, uma grande parte do clero que de boa-fé pensa como o povo n'esta materia. Por outra parte, a disciplina do concilio, considerada em si, é obviamente sensata. Della não vem nenhum mal á sociedade. Pelo contrario. Que utilidade havia, pois, em ir ferir uma opinião religiosa, não importa se bem se mal fundada, que representa uma praxe de tres seculos, que está radicada nos habitos, e cuja modificação práctica iria inquietar muitas consciencias, affligir muitos corações? Era a unidade, a symmetria da lei? Nas legislações modernas parece-me que prepondera ás vezes de mais esta considera-

ção. O absoluto é bom para os principios. Na applicação d'elles cumpre que, sem os trahir, se dê um largo quinhão de preponderancia aos factos. As consciencias esclarecem-se, não se forçam, sobretudo quando as preoccupações d'ellas são perfeitamente innocentes. Se o catholicismo não fosse religião do estado; se fosse apenas a religião da maioria, apenas a religião de um certo numero, eu votaria pela manutenção do casamento catholico. A tolerancia, a liberdade de consciencia tambem são principios que valem, pelo menos, tanto como qualquer outro, se é que algum se pode invocar, do que duvido, para que não haja duas, tres, trinta formulas legaes para a celebração do pacto conjugal. Hoje em Roma triumpha a velha escholastica com todas as galas nativas: hoje, alli, mettiam na inquisição Fr. Bartholomeu dos Martyres e queimavam Bossuet. Geralmente fallando, os bispos da Europa catholica atiraram ás malvas com a sua instituição divina e fizeram-se vigarios apostolicos. Bem sei que é negocio. Mas a autocracia de Gregorio VII realisa-se entretanto dentro da igreja, e da porta do templo os hetmans de roquete ou sobrepeliz, aconsoantando com os hetmans do Gregorio VII de S. Petersburgo, maldizem o partido liberal, que vigia cá fóra, no mundo secular, e impede que as ambições da autocracia do occidente se realisem na sociedade civil. N'este estado de cousas; convertida a religião em miquelete de uma idéa politica, pensam que seria facil inculcar aos espiritos vulgares as boas doutrinas theologicas, convencê-los de que o contracto do casamento póde coexistir com o sacramento sem se confundirem? Em França, onde a lei separou as duas cousas desde o principio d'este seculo, sabem o que dizem os bispos aos fieis? Que se vão accommodando com isso, *visto que os tempos são ruins* [1]. Ainda lá estão á espera do bom tempo. O que se não diria cá!

[1] *Quoniam dies mali sunt*: — diz em phrase biblica, a proposito do casamento civil, o cardeal Gousset – na sua *Theologie Morale* II. 75.

Aquella velhacada do *gratia* em vez de *gratiam* não se fez por graça. Veriam como ella funccionava. Reforçar as armas dos nossos adversarios, podendo quebrar-lhas nas mãos, parece-me que seria insensato.

Ha entre os reaccionarios alguns que apenas serviriam de excommunhão menor a maioria da commissão revisora, se ella tivesse tornado obrigatorio o casamento religioso para os catholicos. Queriam uma lei temporal para obstar a uma contravenção puramente espiritual, ou para punir o peccado civilmente. São uns dementes, capazes de exigirem que a arvore seja caridosa, que o algarismo seja ligeiro, que a linha geometrica seja azul ou amarella, que da retorta do chimico saia um verso correcto. Com essa gente não se discute; manda-se discutir para a academia de Rilhafolles. Mas os que deploram que, no novo projecto de codigo, o casamento civil não passasse absoluto, exclusivo, inflexivel como a rasoura, por cima de todas as convicções, de todos os escrupulos, de todas as consciencias, não creio que tenham razão. Essa inflexibilidade estabeleceu-se em França debaixo do sceptro de Napoleão I. Nada mais facil do que defendê-la á luz do direito positivo, e grandes jurisconsultos francezes o tem feito com a força e clareza com que elles o sabem fazer. Tenho, porém, pouca fé liberal nas leis dos grandes capitães, quando os grandes capitães são chamados pela Providencia a reter o curso impetuoso das revoluções. Repugna-me tanto a violencia no casamento civil, como me repugna no casamento catholico. A intolerancia, quer venha da direita, quer venha da esquerda, é sempre a intolerancia. Se a formula catholica é innocente; se da abstenção do acto puramente civil não deriva nenhum damno, nenhum perigo nem para a sociedade, nem para o direito dos individuos, a manutenção legal da disciplina catholica seria sempre da parte do legislador uma concessão justa, generosa,

liberal, ainda quando o catholicismo não fosse a religião do estado. Aconselha-o, além d'isso, a prudencia. Cumpre attender á situação actual da igreja, e não favorecer com um amor exaggerado da symmetria legislativa a especulação reaccionaria que se está fazendo com o sentimento religioso. A falsificação do concilio de Trento obra hoje maravilhas em Roma [1], e Roma é hoje, como já disse, o episcopado. Os que tinham, por instituição divina, auctoridade e força moral para cohibir taes abusos e illuminar o rebanho que Deus lhes confiou, povoam-lhe o caminho de trevas. Em Portugal, as resistencias dos que ignoram, dos que são illudidos por aquelles em que é dever seu acreditar seriam tenazes, mas desculpaveis e, direi mais, moralmente legitimas, se quizessemos estabelecer o casamento civil obrigatorio para todos, catholicos ou acatholicos. O protestantismo triumpha com essas resistencias e deduz d'ahi uma prova de que só elle é compativel com a liberdade [2]; mas não é assim. O catholicismo puro e desinteressado não tem culpa d'esta horrivel e immensa traição que nas altas regiões da jerarchia sacerdotal se está perpetrando contra elle; não tem culpa de que o vendam por trinta dinheiros ao anjo mau da reacção politica. O catholicismo puro não quer que forcem os que não creem n'elle a receber um sacramento, porque não pede um acto que lhe repugna, que reputa uma profanação; não pede que os poderes publicos constranjam os membros do proprio gremio a não peccarem, porque a inquisição é para elle a maior affronta que lhe tem feito os homens. O catho-

[1] A carta ob e subrepticia de 19 de setembro de 1852 dirigida ao actual rei d'Italia, então rei da Sardenha, e attribuida a Pio IX, em que se nega que nos paizes catholicos se possa legislar civilmente sobre o contracto nupcial, é um monumento curioso dos progressos que tem feito em Roma os estudos sobre o ablativo *gratia* substituido ao accusativo *gratiam*. D'ella terei que fallar, talvez, n'outro logar.

[2] Veja-se o livro do pastor protestante Coquerel, *Traité des Mariages Mixtes* (Paris 1857).

licismo puro não confunde o sacramento, que é cousa espiritual, com o contracto, que é materia juridica, porque desde os tempos apostolicos, conforme temos visto, jámais os confundiram as tradições legitimas da igreja. Considerada a questão á exclusiva luz do direito, o sacerdote que authentica o contracto e o abençoa é, no primeiro caso, official civil, no segundo, ministro da religião. É uma cousa simples, clara, inoffensiva. Em nome da liberdade, deixemo-la ficar nas leis. Olhemos para um exemplo notavel que nos offerece a Inglaterra. A religião anglicana, ligada com as instituições inglezas, começou apenas n'este seculo a balbuciar as primeiras palavras do codigo da tolerancia: a lei civil exige alli que as declarações das testemunhas sejam sempre e em todo o caso revalidadas pelo juramento religioso. Há duas seitas dissidentes, a dos quakers e a dos irmãos moravos, não excessivamente numerosas, a cuja crença repugna o juramento. Pois bem: a lei acceita a esses cidadãos a simples declaração sob sua palavra, e não exige d'elles que practiquem um acto, aliás obrigatorio para todos os outros cidadãos. Seria a lei portugueza, a lei do povo mais livre da Europa (oxalá lhe servissemos de modelo no mais) menos liberal, menos tolerante para com a religião da grandissima maioria, do que o é a lei ingleza para com dous pequenos grupos de cidadãos?

A commissão sacrificou a unidade e, se quizerem, a logica da lei. Perdoem-lhe. Sacrificou-as aos tres principios que tem civilisado e hão-de civilisar o mundo social, ás tres manifestações de Deus que mais amarguras tem evitado ao coração humano, que mais tyrannias tem impedido, que mais lagrymas tem enxugado; sacrificou-as ao christianismo, á tolerancia, e á liberdade.

PREÇO 200 RÉIS

ESTUDOS

SOBRE O

CASAMENTO CIVIL

POR OCCASIÃO DO OPUSCULO DO SR. VISCONDE DE SEABRA
SOBRE ESTE ASSUMPTO

POR

A. HERCULANO

TERCEIRA SÉRIE

LISBOA
TYPOGRAPHIA UNIVERSAL
RUA DOS CALAFATES, 110

1866

TERCEIRA SÉRIE

O CASAMENTO CIVIL NAS LEIS E COSTUMES DE PORTUGAL DEPOIS DO CONCILIO DE TRENTO

VII

O partido liberal sabe e avalia como deve os escandalos que tenho dado á igreja e ao estado desde que começou a debater-se a procellosa questão do casamento civil. Na longa Iliada das malfeitorias litterarias da minha vida, creio que a mais negra pagina é esta ultima, a qual espero firmemente em Deus seja para mim a ultima em toda a extensão da palavra. Mas, entre os periodos d'ella, parece distinguir-se pelo azevichado da negrura a blasphema proposição de que a vibora de um casamento civil, grosseiro, brutal, sem garantias, toleravel em seculos barbaros ou semi-barbaros, mas indigno da nossa epocha, existia na legislação vigente do paiz; que essa especie de consorcio, provado apenas pela presumpção legal, trazia comsigo a consequencia de ser elevado o simples concubinato á dignidade do casamento; que, na essencia, o direito positivo, reconhecendo a validade de semelhante união, reconhecia o principio eterno do contracto natural e juridico da constituição da familia, independente da consagração religiosa; que a commissão revisora do novo codigo, reconhecendo tambem o mesmo principio,

mas cercando-o na applicação, na praxe, de dignidade, de seriedade, de solemnidades que servissem de garantia aos proprios interessados, á sociedade e á moral publica, não innovava, não ia buscar fóra uma instituição peregrina, mas reformava o que legalmente existira sempre no paiz; mundificava o velho e rude direito de nossos maiores e convertia-o n'uma instituição digna da civilisação actual. Esta proposição escandalosa não só excitou a indignação dos defensores ordinarios da immaculada virgindade dos tempos do absolutismo, indignação que era uma necessidade de partido, mas tambem levantou murmurios e, até, foi condemnada, no proprio campo dos que defendiam a liberdade e a tolerancia. Resta-me pois ainda o dar n'esta parte razão de mim, para que os meus sabios juizes, ouvida a ultima defesa, possam *tuta conscientia* lavrar a definitiva sentença que deve condemnar-me ás gemonias litterarias.

Como busquei eu provar a monstruosa proposição que assim ia ferir desentoadamente os ouvidos dos meus compatricios, e chamar o rubor do pejo ás faces da nossa casta legislação? Citando o titulo 46 do livro 4 das Ordenações do Reino. Esse titulo estatuia que, convivendo um homem e uma mulher, com fama de conjuges, pelo tempo estabelecido no antigo direito (vimos já que esse praso era de 7 annos) presumir-se-hia haver matrimonio entre elles para os effeitos civis. Presumi eu tambem que isto era uma cousa séria.

A circumstancia de ser leigo em materias juridicas gera illusões singulares! Não hesitei em suppor que, sendo as Ordenações Philippinas a lei do paiz em tudo aquillo que por legislação posterior não foi expressamente derogado, a consequencia era que onde e quando durante sete annos convivessem dous individuos de diverso sexo, tidos e havidos

por marido e mulher, reconhecer-se-hia entre elles a existencia de um matrimonio legal com os effeitos civis que a lei attribuia a este, quer essa união fosse um puro e simples concubinato entre duas pessoas solteiras, tolerado pela legislação do reino, quer fosse precedido de esponsaes (o antigo casamento clandestino presumido de direito canonico) quer tivesse havido anteriormente entre os dous um contracto civil de casamento, cuja validade, como veremos, as mesmas Ordenações reconheciam n'outra parte.

Pois não era assim. A disciplina estabelecida em Trento reinava sem excepção em Portugal desde 1564. Á voz imperiosa de um alvará, promulgado a 12 de setembro d'esse anno, que vagamente mandava a respeito do concilio o que veremós depois, todas as constituições, leis e costumes anteriores do paiz que não se amoldavam áquella disciplina tinham ruido como um castello de cartas. E esse montão de ruinas ainda não havia sido sobejo padrão levantado á gloria da maioria italiana dos padres tridentinos, que punham e dispunham ácerca das leis civis das nações, tendo-se revestido a si proprios das funcções de legisladores temporaes da *republica christiana* inventada por elles. O alvará ia mais longe; derogava as leis posteriores que o contradissessem. Toda e qualquer disposição legislativa que na successão dos seculos lhe repugnasse estava de antemão revogada; nascia morta. Esse alvará, redigido ou inspirado pelos jesuitas, era um anteloquio das cortes de Lamego, que se haviam de inventar d'ahi a alguns annos: era uma especie de lei fundamental do paiz, emquanto não chegava a outra. Se os jesuitas se não descortinavam atraz d'ella, *spatis nudis in altum*, como os procuradores de concelhos que ainda não existiam, estavam em Lamego em 1143, é que o seu poder era occulto, e para dar esse caracter de constituição politica ao alvará de 12 de setembro bastava reconhecer-se, em nome d'elle, que uma as-

sembléa de bispos era competente para annullar a legislação das sociedades temporaes, ou por outra, que o estado está na igreja e não a igreja no estado.

O que é certo é que eu ignorava estas profundas theorias de sciencia de legislação e de direito publico. Foi a discussão que me abriu os olhos. Os monumentos da historia juridica de Portugal nos fins do seculo XVI e do seculo seguinte tinha-os interpretado todos ás avessas. É preciso que venha aqui confessar os proprios erros; que o rubor que tingiu as faces da virginal jurisprudencia de antigas eras, ao soarem as blasphemias que tenho ultimamente proferido, passe para as minhas faces. Do que se tem escripto contra mim em relação a este ponto resulta a seguinte doutrina, que é a que fica de ora ávante sendo um dos artigos do meu symbolo em historia da legislação e do direito publico de Portugal:

Quando n'um paiz existiu uma lei que durou seculos, repetida, revalidada, aperfeiçoada em successivos actos legislativos, se houve posteriormente outra que a invalidou, ou que a um bom ou mau praxista pareceu, passado um longo periodo, que a tinha invalidado, e, annos depois de promulgada essa ultima lei, veio o legislador e restabeleceu o direito antigo, ou apenas o revalidou, considerando como não revogatoria aquella providencia, o que para a posteridade subsiste como lei não é a ultima expressão da vontade do mesmo legislador; é a penultima, bem ou mal interpretada. Quando houve ou parece ter havido chronologicamente tres phases na doutrina juridica por que se rege um assumpto, o que fica em vigor não é o que está no fim; é o que está no meio. *In medio consistit virtus* é um proloquio que se encasou entre as maximas da actual sciencia de legislação.

Desde que a necessidade de defender a commissão revi-

sora do codigo civil e de me explicar eu proprio diante de uma agressão mais auctorisada do que as dirigidas até então contra nós, agressões que julguei bastava repellir na imprensa periodica; desde que o opusculo do sr. visconde de Seabra me forçou a redigir os presentes estudos, sempre vi como um ponto negro no horisonte do meu dever examinar esta questão de direito hodierno. Duas considerações me tornavam ingrato semelhante mister. Era uma o ter recusado a significação, o valor que eu dera á ordenação do L. 4, tit. 46 § 2.º, o mais estrenuo defensor da tolerancia, da liberdade e do christianismo, que nesta vasta contenda veio combater na imprensa, o escriptor que mais serviços fez ás sans doutrinas, pelo cerrado da argumentação, pela clareza das deducções, pela arte com que proporcionou a todas as intelligencias o conhecimento de verdades nem sempre faceis de comprehender para os entendimentos vulgares. Era a outra o ter de examinar as opiniões do sr. visconde de Seabra a este respeito, opiniões que differem das do antecedente escriptor, mas que concordam com ellas em condemnar a significação e o valor que dou ás disposições daquelle titulo e livro das Ordenações. Practicamente, pouco importa o que pensa a respeito do casamento não sanctificado pelo sacramento um membro do poder judicial, collocado na eminencia desse poder, quando se tracta do antigo direito ou da doutrina da igreja sobre tal materia. Mas um erro ácerca da auctoridade e da interpretação de uma lei reputada vigente é grave n'um julgador, porque essa opinião póde influir nos seus actos e d'ahi resultar um damno material para os outros e um damno moral para o magistrado. Embora não saiba se o sr. visconde me incluiu no numero dos sicarios, dos calumniadores, dos insolentes contra quem invectiva no seu opusculo; embora me vedem o indagá-lo as nossas relações passadas, sei ao menos que não posso desejar, fossem quaes fossem as suas intenções

agressivas contra mim, a quebra da reputação do sr. visconde como jurisconsulto practico, como tendo de afferir pelas leis os actos dos tribunaes inferiores, para o que lhe é indispensavel conhecer bem a legislação mais ou menos recente que póde e deve ser applicada á appreciação dos direitos e deveres dos cidadãos. Ora, infelizmente, não me parece que o opusculo do nobre magistrado revele tracto mais intimo com a historia dessa legislação, do que revela familiaridade com os antigos costumes e leis de Portugal. Repugnava-me provar este facto, desagradavel para mim, mas triste, muito triste para o meu paiz.

Ao escriptor a quem primeiro me referi farei breves ponderações. Custa-me combatê-lo. Preencherá as omissões desta discussão o exame do opusculo do meu verdadeiro adversario.

Este nega que o § 2 do tit. 46 do L. 4 das Ordenações seja lei vigente. O primeiro parece admitti-lo como tal; mas acha que é erro entender litteralmente a disposição clara, precisa, terminante da lei. Quanto a elle, este paragrapho provê a uma eventualidade transitoria, especialissima: á dos consorcios clandestinos presumidos celebrados antes do concilio, consorcios que, á sombra da nova disciplina, ou os conjuges ou alguem nisso interessado poderiam pretender annullar. Quanto a elle, o motivo da disposição foi este, esta a mente do legislador. Infelizmente a sua hypothese é gratuita e não a auctorisa uma palavra, uma virgula sequer do paragrapho. Como imaginar que, n'um codigo destinado a reger por seculos o paiz, se toma uma providencia transitoria applicavel a limitado numero de individuos, individuos chegados ao ultimo quartel da vida, sem se declarar sequer a natureza transitoria da lei? A promulgação de um alvará extravagante que provesse nos casos

dessa ordem era o que aconselhava o senso commum. A doutrina daquelle paragrapho tinha por fonte proxima as Ordenações Manuelinas, e representava as constantes tradições juridicas do reino nesta materia: quem poderia entender que o paragrapho, ordenando ainda com mais clareza e precisão o mesmo que o antigo codigo, e inserido n'um corpo de legislação permanente, queria prover só a certos casos, intuito que aliás o legislador occultava? Depois, a hypothese parece inadmissivel. O concilio não só declarava que todos os casamentos clandestinos, sem excepção, e portanto os presumidos, eram validos até a promulgação da nova disciplina, mas tambem fulminava excommunhão contra quem os reputasse nullos. Que meio haveria, pois, de annullar um casamento presumido anterior ao concilio, no qual se dessem as condições canonicas necessarias para se estabelecer a presumpção? Se não se haviam dado, tão nullo era elle antes da promulgação da nova disciplina, como depois. Assim entendido, o paragrapho da ordenação não tinha objecto.

Mas admittamos que o intuito do legislador fosse o que se presuppõe. Os conjuges presumidos, conjuges de 60 ou mais annos, passaram depressa. A lei essa é que ficou por seculos no codigo. Nenhum acto legislativo veio revogá-la, e os seus motivos, se tinham sido os que se lhe attribuem, é que ficaram sendo um segredo que o legislador levou comsigo á sepultura. Devia, porém, executar-se ou não a lei quando se davam os casos previstos por ella? Esta é a questão, ou antes isto é que não é questão.

O escriptor aventa a idéa de que eu reconheci a lei por injusta e immoral, e que, apesar disso, a invoquei a favor do casamento civil. Ha nisto confusão de idéas. A carta que escrevi ao *Jornal do Commercio*, onde alludi ás Ordenações, posto que escripta á pressa, como o tumulto que se levan-

tára o pedia, e portanto sem aquelle rigor de expressão que se póde exigir quando se escreve deliberamente, não me parece auctorisar o attribuir-se-me a idéa de que a lei era essencialmente immoral, nem de que fosse justa ou injusta. A lei representava o principio de que o casamento é em si um contracto natural e civil, um contracto como todos os outros, de que resultam mutuas obrigações e direitos entre os pactuantes. A moral não é o direito; mas o que é juridico não póde ser immoral. É provavel que eu soubesse isto. Aquella disposição legislativa mantinha na essencia o direito constante do reino que se ia prender atravez dos codigos barbaros no direito romano. Era essa velha doutrina que eu buscava como fundamento da restauração do casamento civil que se propunha no codigo, e sería absurdo que procurasse para a consagrar uma doutrina immoral em si, e portanto não juridica. Porém a lei, não no seu pensamento, mas sim na sua manifestação positiva, tinha resultados torpes e immoraes. Porque? Porque era incompleta, insufficiente, grosseira: culpa ou impotencia do legislador; effeitos do tempo, da tradição, dos costumes; documento de ignorancia da sciencia de legislação. Practicamente, o resultado da lei era confundir-se o casamento clandestino presumido com o puro concubinato dos individuos solteiros. Que tivesse havido esponsaes; que tivesse havido contracto actual (palavras de presente); que um homem e uma mulher tivessem cahido nos braços um do outro por impeto dos sentidos, sem contracto, sem mutuas promessas, tudo era o mesmo á face de uma disposição que *presumia* o contracto por indicios que se podiam dar igualmente em todas as tres hypotheses. Era assim que essa ordenação elevava o concubinato á dignidade de casamento. O principio que estava no amago da lei era juridico, indubitavel, eterno: a manifestação era confusa, brutal, grosseira, inacceitavel na nossa época. Creio

que não póde ser interpretado de outro modo o que eu disse.

Não sei se porventura, citando as Ordenações do reino, fiz um argumento *ad hominem* aos reaccionarios, como diz o escriptor a que me refiro, nem se elles pódem rejeitar o passado quando, depois de o elevarem ás nuvens, o contrapõe ao presente, e chamam para lá as sociedades. O passado é immovel: o passado era o que era. Um passado artificial, inventado agora, ou correcto pelas idéas actuaes, é commodo para os seus admiradores; mas tem o leve defeito de não ser o passado. O meu intuito não foi esse. Diziam-nos que tinhamos introduzido no paiz uma instituição estrangeira; que desacatavamos a religião de nossos paes. Respondi simplesmente que nossos paes e a religião de nossos paes, como elles a entendiam, conviviam familiarmente, sem se enojarem, com o casamento civil, mas com um casamento civil torpe, indecente, habituado á má companhia do puro concubinato com que a imperfeição da lei o confundia. Provava que não tinhamos ido pedir nada aos estranhos, mas que mantinhamos as tradições juridicas do paiz, e que só lhes accrescentavamos as condições da decencia, da seriedade e da civilisação. Se eram estas condições revolucionarias que escandalisavam a reacção, não sei; mas era esse o nosso unico delicto.

Pararei aqui, porque me dóe combater dentro do proprio campo. E nem estas mesmas rápidas observações teria feito, se o silencio em tal caso não corresse risco de ser taxado de desconsideração. Essa guarda-se para certos escriptores que nasceram para se refutarem a si mesmos, ou para fazerem rir a gente instruida e sensata. Seguirei agora o opusculo do sr. visconde de Seabra, de que me tinha afastado a necessidade de apreciar e expôr a nova disciplina

que ácerca do matrimonio o concilio de Trento veio trazer á igreja. As circumstancias que se haviam dado no estabelecimento dessa disciplina; a maior ou menor força moral que dellas lhe provinha, para, depois de acceita em Portugal, luctar com os antigos usos e costumes, contrapor-se ao direito civil do paiz, contrapor-se á doutrina da validade dos casamentos clandestinos, protegida até ahi pela propria sancção da igreja, era estudo indispensavel para achar a verdadeira significação dos monumentos legaes posteriores, e saber quem está em erro ácerca do valor que attribui ao L. 4, tit. 46 § 2.º, das Ordenações.

No espirito dos membros da assembléa de Trento havia, como vimos, a convicção de que os principes temporaes podiam acceitar ou repellir no todo ou em parte as suas decisões. Devia-se até presagiar que assim succedesse, attendendo ás dissenções que houvera entre estes e o concilio, ou, para melhor dizer, entre estes e o papa. Dissolvida a assembléa nos fins de 1563, Pio IV apressou-se a proclamar a sua superioridade sobre ella, confirmando as resoluções conciliares. Se o concilio pediu ou não tal confirmação póde a critica historica disputá-lo. É ponto, porém, que pouco importa averiguar agora. O que é certo é que o papa immediatamente as mandou pôr em vigor nos diversos estados catholicos e procurou por varios meios que os differentes governos não obstassem á sua publicação. Com mais ou menos demora, com maiores ou menores restricções, todos os estados catholicos o admittiram, salvo a França, cujo governo recusou constantemente, então e depois, acceitar os canones e decretos de Trento. Governava Portugal na menoridade de D. Sebastião o cardeal infante D. Henrique, homem inteiramente addicto aos jesuitas que deixou ganhassem no animo do rei, ainda na puericia, illimitada ascendencia. Interessava o papa em que o poder temporal

admittisse em geral aquelles canones e decretos; porque, sommado o bem e o mal que d'ahi podiam resultar para Roma, ella ganhava immensamente mais do que perdia na obra do concilio. Por outra parte, entre os membros da milicia papal chamada a Companhia de Jesus estava então em todo o seu primitivo vigor a maxima de que a obediencia do jesuita era cega e que o subdito devia ser como um cadaver ou como um bordão nas mãos do superior da ordem. D'estes factos é facil deduzir o que havia de acontecer e que effectivamente aconteceu: as decisões da assembléa de Trento foram immediatamente acceitas em Portugal, reproduzidas pela imprensa, e reconhecidas como leis canonicas pelo alvará de 12 de setembro de 1564.

Se este alvará importava a derogação de todas as leis do reino antinomicas com os canones e com a disciplina promulgados em Trento, os casamentos não celebrados á face da igreja ficavam todos equiparados ao concubinato. Mas isso equivalia a uma revolução nos costumes. Entendida assim, a sentença do alvará ia ferir uma cousa contra que as leis são por via de regra impotentes. Só a luz da civilisação e o lento effeito dos seculos podem ir gradualmente alterando até os anniquilar os habitos inveterados d'um povo, e isso mesmo quanto não custa quando um grande interesse moral ou material os aviventa e mantem! De que serviram, por exemplo, os anathemas fulminados contra os duellos pelos padres de Trento? De que tem servido a penalidade das leis civis contra elles? Tudo isso é letra morta. O duello estriba-se n'uma errada applicação do sentimento da honra, e o sentimento da honra é, depois da religião, o laço moral mais forte das sociedades modernas. Quem annulla a idéa é a idéa, não é o preceito. O livro que ha de extinguir o duello, como os outros erros radicados do espirito humano, ha de ser o que discute e allumia; não é

o que impera e subjuga a vontade, não pela convicção, mas pelo temor da pena.

Assim succedeu com as decisões de Trento em relação aos consorcios. Os casamentos clandestinos continuaram a ser válidos aos olhos do povo, e essas uniões reprovadas pela lei da igreja repetiam-se frequentemente. É do que nos dão testemunho as actas dos concilios provinciaes de Braga de 1566, e de Lisboa de 1574 [1]. O primeiro, presidido ainda por D. Fr. Bartholomeu dos Martyres, confirma a applicação das antigas penas aos contrahentes e ás testemunhas d'esta especie de consorcios, aliás irritos e nullos pelos decretos do concilio tridentino, e estende as mesmas penas aos que se faziam por esponsaes e cohabitação, porque — diz o synodo bracharense — nem esses mesmos são matrimonio [2]. É significativa esta advertencia. Porque a renovação de taes penas? Conhece-se bem do decreto conciliar que o povo repugnava a ter como puro concubinato o casamento presumido, que os costumes immemoriaes e a lei tinham sempre reconhecido válidos para os effeitos civis. Nem se comprehende como, sem a manutenção d'essa validade na praxe, continuassem a fazer-se. O synodo de Lisboa ainda é mais explicito. Dir-se-hia que as disposições do concilio tridentino a tal respeito, em vez de ganharem força com o tempo, a perdiam. Deduz-se dos decretos d'aquelle synodo que era sobretudo ácerca da validade dos casamentos celebrados por esponsaes seguidos de cohabitação que as idéas eram mais tenazes, e que os paes dos contrahentes não duvidavam de manter na propria habitação os filhos casados por este modo. Para dar mais solemnidade aos esponsaes, ti-

[1] Concil. Provincial. Bracar. IV, Act. IV c. 33 — Provinc. Concil. Olyssip. II, Decret. 9, 10.

[2] *Cum enim ne ea quidem matrimonia sint.*

nha-se introduzido o uso [1] de celebrar o pacto promissorio perante um sacerdote, que ás vezes obrigava os contrahentes com juramento a reconhecerem esses esponsaes. Feita esta ceremonia, os mais escrupulosos entregavam-se á cohabitação [2].

Se o alvará de 12 de setembro tivesse a significação que se lhe attribue, as circumstancias que se davam na sociedade eram mais que sufficientes para lhe tirar toda a força moral, todo o valor practico, em relação aos consorcios, independentemente da resistencia que lhe oppunham os costumes e as tradições juridicas. Abstrahirei por emquanto de examinar a indole do proprio alvará. Supponhamos que tinha a que lhe attribuem. A sancção do soberano dada á nova disciplina era apenas a que se dava em geral ao concilio: não se promulgara lei nenhuma especial que se referisse á annullação dos casamentos clandestinos, e só uma lei assim seria comprehensivel para o povo. Eram de certo bem poucos os que sabiam quantas e quaes disposições do direito patrio cumpria reformar ou revogar para pôr em harmonia a legislação civil com as novas instituições disciplinares da igreja. Essas alterações e revogações levaram muitos annos a fazer, e algumas nunca se fizeram, como depois veremos. Accrescia a isto a inevitavel tibieza do clero, sem exceptuar alguns dos proprios prelados. Com que vontade poria o bispo de Coimbra, que no concilio votara contra a nova disciplina matrimonial, meios efficazes e sinceros para coagir as suas ovelhas a respeitá-la? Não pensariam como elle outros bispos? Uma parte do clero curado não estaria inficcionada pela theologia escolastica? Não seria para elles a annullação dos consorcios clandestinos, como o era para muitos padres de Trento, uma heresia ou quasi heresia? Aquelles sacerdotes,

[1] *Usu venit.*
[2] Concil. Olysip. II *ibi.*

a que se refere o synodo de 1574, que assistiam aos esponsaes e procuravam dar-lhes o caracter de consorcio matrimonial pelo juramento dos contrahentes, que faziam senão protestar contra essa novidade disciplinar?

Não era, porém, só isto. Muitos jurisconsultos portuguezes d'aquella epoca tinham certas leis e providencias do reinado de D. Sebastião em conta de cousa pouco seria. Consideravam-nas antes como leis dos jesuitas do que do soberano [1]. Assim, era no gremio dos proprios legistas, dos magistrados e officiaes publicos, costumados a respeitar e observar as leis do reino, onde achavam consagrado já o principio da superioridade da lei civil sobre a canonica, que deviam ter menos valor as disposições do alvará, se fossem contrarias a essas leis, repugnantes aos usos populares e sem sancção moral, pela origem que se lhes attribuia. Por outra parte, os jesuitas de certo se empenhavam em que as resoluções de Trento vigorassem em Portugal, visto que n'isso interessava a côrte de Roma, cujos amoucos eram. Mas um dos factos que caracterisam melhor a historia dos jesuitas é a pertinacia com que sustentavam, em toda a parte e por todos os meios, qualquer opinião resolutamente manifestada por algum individuo eminente da Companhia, opinião que a ordem unanimemente perfilhava logo que era combatida. Ora Lainez fôra o principal adversario da nova disciplina matrimonial nos debates da assembléa de Trento, e se não alcançara obstar ao seu triumpho, obtivera ao menos inutilisá-la em parte. Não é crivel, pois, que os confrades de Lainez, que se haviam apoderado do governo de Portugal, apossando-se das consciencias do regente e do rei, envidassem grandes esforços para que triumphassem na praxe decisões conciliares que o seu geral não tinha duvidado de taxar de heresia. O que importava, sobretudo, era

[1] Deducção Chronol. P. 1 Div. 5 §§ 125 e segg.

manter aquellas de que resultava o abatimento do episcopado perante o poder pontificio, abatimento que se compensava com a servidão do presbyterado, e com a consagração de certas pretenções que o clero em geral reivindicava como direitos contra o poder civil.

A nenhuma influencia que o alvará de 12 de setembro, na hypothese de significar o que se pretende que elle signifique, poderia exercer na praxe civil não se deduz só destes factos; deduz-se tambem do que se deu pouco depois da sua promulgação. Ou porque houvesse falta de exemplares das Ordenações vigentes, ou, talvez, como um protesto da magistratura superior contra as disposições do concilio em que virtualmente era offendido o poder temporal e contrariado o direito do reino, fez-se em 1565 uma nova edição authentica das Ordenações Manuelinas. Era uma especie de confirmação indirecta da legislação geral. Podia-se facilmente ajunctar então áquelle codigo a declaração de que as disposições delle antinomicas com os decretos tridentinos ficavam por estes infirmadas, enumerando-se essas disposições e revogando-se especialmente cada uma dellas. Porque se não fez isto? Obviamente porque se não entendia que a providencia geral sobre a acceitação do concilio podesse forçar o soberano a revogar as leis temporaes sobre este ou aquelle assumpto. Como veremos, o que é certo é que, não obstante estar então o paiz dominado pelos jesuitas, as idéas juridicas, a influencia dos jurisconsultos civilistas, e o direito publico do reino não se achavam tão completamente esquecidos que o poder temporal abdicasse todos os direitos de soberania diante dos preceitos de uma congregação de bispos, pela maior parte italianos, que, por sua propria confissão, segundo tenho mais de uma vez observado, se haviam feito legisladores em materias civis, e que, conforme se dizia officialmente, tinham deposto aos pés do papa, não só a su-

prema auctoridade de um concilio ecumenico, como tambem esse poder civil que reconheciam ser nas suas mãos um poder emprestado e cujos preceitos dependiam da acceitação dos principes [1].

Foi neste estado de cousas que, reinando o intruso Philippe I (1595), se tractou de uma reforma do codigo do paiz. Aquelles tempos não eram os tempos ruins de que falla o cardeal Gousset; estava-se longe desta nossa calamitosa épocha, em que se entregam os codigos á revisão dos Lutheros e Calvinos modernos. Tres jurisconsultos (dous dos quaes addictos indubitavelmente aos jesuitas) e um da velha eschola impia (a impiedade é velha), Jorge de Cabedo, foram incumbidos daquella ardua tarefa, e o resultado do seu trabalho, sanccionado pelo soberano, foi substituido ás Ordenações Manuelinas e promulgado como codigo das leis patrias no reinado de Philippe II (1603). [2] Como a base da nova compilação era o antigo codigo, e nenhuma lei especial posterior revogara os §§ 1 e 2 do titulo 47 do livro 2, a sua doutrina, com uma redacção mais clara e aprimorada, foi inserida nos §§ 1 e 2 do titulo 46 do 4.º livro das novas Ordenações.

Taes são os factos sociaes externos que explicam moralmente a manutenção do antigo direito ácerca dos casamentos presumidos. Entre o povo, os habitos inveterados tinham resistido á disciplina de Trento, á qual uma parte do proprio clero devia ser n'este ponto pouco affecto, porque essa disciplina collidia com as opiniões theologicas vulgares. Dos quatro jurisconsultos encarregados da reforma, dous eram apaniguados dos jesuitas; mas vimos já que as inspi-

[1] Veja-se tambem ácerca desta materia a Deducção Chronologica P. 1 Divis 5 §§ 128 e segg.

[2] Sobre este e o subsequente paragraphoveja-se a Deducção Chronol. P. 2. Demonst. 6. §§ 89 e segg.

rações jesuiticas e as leis do reino não os impelliam de certo a alterar, neste ponto, o velho direito. Quem, pois, entre os que podiam influir nisso, interessava em que elle se alterasse, e porque haviam os redactores do novo codigo supprimir uma doutrina consagrada pelas tradições nacionaes desde o berço da monarchia?

VIII

Houve na Beira um letrado de curta intelligencia e nenhuma philosophia, chamado por alcunha o Lobão. Tinham-no adivinhado por instincto os bernardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras decadas d'este seculo, em odio da grammatica e da lingua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravissimas, pesadissimas, pedantissimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham accumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das materias juridicas. São os livros de Lobão thesouro precioso, mina inexgotavel de allegações eternas e contradictorias, para advogados mediocres. Como o mestre de meninos de Athenas que emendava Homero, o causidico beirão engenhou tres grossos volumes a endireitar as torturas do illustre Mello Freire. Com que delicias não castiga elle ás vezes as ignorancias desse pobre homem de genio! Era naquelles volumes que estava escripta a minha sentença condemnatoria. Sem o saber, eu tinha o Lobão contra mim.

O sr. visconde de Seabra, depois de declarar que entende ser a intelligencia litteral da ordenação do Liv. 4 tit. 46 § 2 contraria ao alvará de 12 de setembro de 1564 e á lei de 13 de novembro de 1651, reputa-a por isso derogada, sendo um grosso erro, só proprio de leigos, tê-la por lei vigente. A interpretação litteral della é absurda e antijuridica. Fazendo-lhe grande favor, poderia auctorisar a prova suppletoria da cohabitação e fama publica para se mostrar a existencia do casamento religioso na falta absoluta de registo. Esta mesma potencial indulgencia do sr. visconde, (potencial digo, porque estando, na sua opinião, abrogada aquella ordenação, como todas as contrarias ás disposições tridentinas, não póde ser invocada na praxe) nem sequer a tiveram os nossos reinicolas. Esses, diz o sr. visconde, foram mais severos. Segundo parece, nem potencialmente admittiram tão desastrada doutrina. Só assim poderiam ser mais severos do que o illustre jurisconsulto que as julga derogadas. Para os nossos reinicolas o § 2 do tit. 46 é impossivel. Ouçamos o *severo* Lobão, discursando sobre o assumpto: « É mani-« festo — diz elle — o quanto foram pouco advertidos os « Philippistas quando, na Compillação Philippina, publicada « depois do concilio, admittiram umas provas do casamento « clandestino que elle reprovava e que a Ordenação Manue-« lina só admittia antes do mesmo concilio, e não admittiria « depois delle: bem como com o mesmo erro compilaram « na Philippina a Manuelina L. 5. tit. 32. »

O que é não ser jurisconsulto! Nestas phrases onde o sr. visconde nos aponta extremos de severidade, não descubro eu, o leigo, senão, salvo o respeito, um acervo de inepcias.

Que quer dizer *Philippistas?* Quer dizer uma velhacaria de rábula. Que importa á sociedade, que importa ao direito

quem compilou ou redigiu as Ordenações do Reino? A sua força, a sua auctoridade não vem desses homens: vem da soberania, da vontade do rei, que então concentrava em si todo o poder legislativo. A força e auctoridade das Ordenações do Reino procedem das leis que solemnemente as declararam codigo do paiz: manifestam-se nos actos legislativos de 5 de junho de 1595, de 11 de janeiro de 1603, de 29 de janeiro de 1643. Contrapôr o voto do sr. Manuel de Almeida, alli da aldeia de Lobão, ao sentir dos jurisconsultos Pedro Barbosa, Damião d'Aguiar, Paulo Affonso e Jorge de Cabedo podia ser vaidade, mas não era absurdo: taxar de descuido a doutrina dos antigos jurisconsultos, porque havia uma lei anterior que o sr. Manuel d'Almeida entendia ser opposta a essa doutrina, era cousa toleravel. Mas affirmar que o soberano não podia restaurar ou manter disposições legislativas que se perdiam na noite dos tempos e que estavam radicadas nos costumes, só porque tinham sido abrogadas, ou alguem pensou que virtualmente o tinham sido, por um acto legislativo intermedio, era demencia nua. Eis porque nos apparece a palavra *Philippistas* na elegante passagem daquelle Cicero da Beira.

A grammatica fusca do escriptor que o sr. visconde de Seabra parece citar como o representante de todos os nossos reinicolas não me permitte affirmar com certeza se elle quiz dizer que o concilio reprovara os casamentos clandestinos, ou as provas delles pela cohabitação e fama publica. A grammatica menos aleijada dá este sentido. Mas o concilio o que fez foi annullar em geral os casamentos clandestinos entre os catholicos, e permitti-los, ou antes ligitimá-los, para varias e numerosas excepções. Não distinguiu as suas especies, não fallou de provas. Em these, a lei civil podia acceitar a fama publica e a cohabitação como provas suppletorias, até do casamento celebrado conforme os ritos ec-

clesiasticos. A nullidade ou a validade do contracto que o sacramento sanctificava eram assumpto de direito civil sobre que o concilio havia estatuido, usando de um poder emprestado: a lei civil podia estatuir sobre as provas desse contracto. Até o sr. visconde de Seabra admitte isto.

A Ordenação Manuelina, diz o corrector de Mello Freire, admittiu essas provas do consorcio antes do concilio; não as teria admittido depois. Como já adverti, em 1565 fez-se uma edição official da Manuelina, e os poderes publicos nem sequer se lembraram do concilio ou do alvará de 12 de setembro de 1564 para, ao menos, declararem que as disposições das leis antinomicas com a nova disciplina tinham cessado de vigorar. Começava a haver *pouco advertidos*.

Lobão considera como um erro atroz dos *Philippistas* o trasladarem para o tit. 22 do L. 5 da Philippina o tit. 32 do L. 5 da Manuelina. Estes titulos correlativos dos dous codigos punem severamente os que casam com donzellas menores sem permissão dos paes ou das pessoas de quem ellas dependem. É uma lei importante, destinada a manter o poder paternal e os laços domesticos, a salvar de illusões fataes muitas victimas innocentes. O concilio tridentino equiparou moralmenle esses consorcios, que a França lhe pedia annullasse, aos clandestinos. O leitor recorda-se, por certo, ainda das causas porque não se annullaram, e de que os padres de Trento declararam que a igreja sempre os abominara. Mas, no entender do causidico, a lei que não os tornava nullos, mas que os punia, era uma das que o alvará de 12 de setembro virtualmente abrogara. Desde 1564 ficou sendo o direito deste paiz que o primeiro traficante ou devasso podesse impunemente levar illudida aos altares qualquer menor, sem que seus paes ou tutores achassem protecção nas leis. Felizmente essa abrogação ficou tão incognita,

que no assento de 1 de julho de 1631, tambem lei do reino, doze desembargadores da casa da supplicação, entre os quaes figura o celebre Thomé Pinheiro da Veiga, explicaram e roboraram aquelle titulo, para que tivesse ampla applicação. São mais doze magistrados *pouco advertidos*, e mais um acto com força legislativa revogado meio seculo antes pelo alvará de 12 de setembro e pelo concilio de Trento.

Deixemos já este tecido de disparates, e examinemos as doutrinas de um verdadeiro jurisconsulto, de um luminar da magistratura actual, o sr. visconde de Seabra, que desceu a castigar as ignorancias do leigo que na ordenação do Liv. 4 tit. 46 § 2 viu uma lei do paiz.

Estabelece o sr. visconde de Seabra duas proposições: 1.ª que se assentou *geralmente*, depois de grande desordem no foro *por causa da incoherencia da lei*, que não sendo a ordenação do Liv. 4 tit. 46, *assim como outras no mesmo sentido*, mais do que a reproducção da lei velha, *sem emenda nem alteração alguma*, de feito não era uma lei nova, e devia reportar-se á primeira data anterior ao concilio de Trento, e, por consequencia, se devia entender *implicitamente derogada* pela lei que em 1564 mandou pôr em execução os decretos do concilio: 2.ª que a lei de 13 de novembro de 1651 fez cessar todas as duvidas e difficuldades, punindo severamente os que contrahiam, ministravam ou testemunhavam casamento que não fosse celebrado conforme a lei da igreja. Morreu ás mãos d'esta lei o § 2 do tit. 46 do Liv. 4 das Ordenações, já defuncto pelos golpes implicitos do alvará de 1564.

Se eu ousasse pedir alguma cousa ao sr. visconde de Seabra, pedir-lhe-hia que d'aquella generalidade que pensava no seculo XVII que as Ordenações Philippinas nas disposições

que collidiam com as disposições do concilio tridentino estavam derogadas pelo alvará de 12 de setembro, visto serem as mesmas disposições reproduzidas, *sem emenda nem alteração alguma*, das Ordenações Manuelinas anteriores ao concilio; que d'essa generalidade, digo, a qual continha centenas de milhares d'individuos, o sr. visconde me citasse apenas meia duzia d'elles que hajam deixado acerca da sua opinião algum testemunho escripto. Politicos, jurisconsultos, canonistas, homens de letras, homens eminentes por qualquer titulo, tudo me serviria. Só quizera seis nomes e seis textos. Esmola tão acanhada no meio de tanta opulencia seria modesta. Mas, ainda assim, não ouso esperá-la nem quero pedi-la.

Como, porém, o meu nobre impugnador não nos revelou quaes foram as auctoridades a que recorreu para descubrir que a opinião commum do seculo XVII era contraria ao meu asserto, permitta-me que ainda allegue, como em recurso de revista, algumas bagatellas da historia do direito portuguez nos seculos XVI e XVII, as quaes sirvam para minorar o escandalo que dei affirmando que a vibora do casamento civil estava aninhada n'aquelle famoso § 2 do tit. 46, que eu suppunha ser lei d'este paiz. Permitta-se-me que comece um pouco de longe. Assim é preciso.

É certo que nem nas Ordenações Manuelinas, nem nas Philippinas está incluido todo o nosso antigo direito publico interno. Varias outras fontes, que não vem a proposito lembrar, nos subministram especies para conhecermos, e em alguns pontos conjecturarmos, qual ella era. Mas esse direito estava em parte escripto alli. Nenhuma nação póde existir sem algumas regras, mais ou menos claramente formuladas, mais ou menos accordes com os principios universaes e absolutos, que determinem as condições da vida social, taes como

o exercicio da soberania, as funcções publicas dos magistrados, as formulas e instituições governativas, as relações juridicas e economicas dos cidadãos com estado, e outras materias analogas. Como entre as outras nações da Europa, havia entre nós um direito publico, embora se lhe não chamasse assim. Redigidos por homens que não tinham luzes sufficientes, porque não as tinha a sua épocha, para systematisar essas doutrinas fundamentaes e expô-las com methodo e clareza, os nossos codigos antigos contem apenas disposições de direito publico desordenadas, insufficientes, incompletas, obscuras, muitas vezes deslocadas, muitas vezes suppostas sem se exprimirem, porque o legislador presuppunha o conhecimento dos monumentos anteriores em que se estribava o direito por elle tão sómente lembrado. Mas, em todo o caso, de um ou de outro modo, continham-nas.

O seculo XVI chama-se o do renascimento, e o renascimento foi uma revolução. Prendia-se por um extremo á vida social da idade media, por outro á vida social moderna, a dous organismos politicos contradictorios. Compilaram-se os dous codigos, um na primeira decada, outro na ultima d'aquelle seculo. Em relação ás instituições de direito publico, o facto que sobre todos caracterisa essa épocha, é a concentração da soberania no rei; é a magestade d'essa soberania. O absolutismo, a idéa revolucionaria, que parecia indispensavel para o progresso humano, pelos enormes erros das eras barbaras, amadurecido, victorioso já nos fins do seculo XV, domina então illimitado, manifesta-se em toda a sua energia, arrasta as nações pelo caminho que ha-de guiá-las á civilisação futura. Em certas relações, a unidade do poder era fecunda no seculo XVI, como a liberdade o é nos nossos tempos.

A lei civil ou temporal, producto da sciencia certa e do

poder absoluto do rei, poder que vinha de Deus, não tolerava contradicções. Se as tolerasse, o absolutismo, a idéa energica, a idéa progressiva, abdicaria. Mas quem teria força para contradizê-la, contrastá-la? O direito e a jurisprudencia do imperio romano; o direito e a jurisprudencia da igreja. Eram duas manifestações juridicas que haviam sido, digamos assim, as educadoras da monarchia barbara: ambas ellas haviam sido a sciencia illuminando os factos, guiando a auctoridade. Ao direito romano devia a realeza em grande parte a sua preponderancia, o seu definitivo triumpho contra os elementos mal organisados de equilibrio e resistencia que caracterisavam a épocha anterior: ao direito canonico devia grandes lições de sabedoria. É nas disposições d'elle que se vae encontrar a origem de muitas das leis mais sensatas da monarchia: devia-lhe, sobre tudo, o mechanismo e as formulas do processo, a arte complicada de distribuir a justiça.

Mas acima d'aquelles dous poderes de ordem puramente moral estava a autonomia nacional, a sociedade civil, cuja manifestação mais elevada era a lei temporal. A realeza mantinha com ciume essa supremacia; porque no vertice da sociedade estava ella, e fôra Deus que alli a collocára. Examinemos agora se esta doutrina politica, se este principio fundamental da constituição do estado se encontra no codigo manuelino.

Eis-aqui o preambulo do titulo 5.º do 2.º livro:

« Quando algum caso fôr trazido em practica, que seja de-
« terminado por alguma lei de nossos reinos, ou estylo de
« nossa côrte, ou costume em os dictos reinos ou em cada
« uma parte d'elles longamente usado, e tal que por direito
« se deva guardar, *seja por elles julgado*, não embargante

« que as leis imperiaes ácerca do dito caso disponham em « outra maneira; porque onde a lei, estylo ou costume do « reino dispõe *cessem todas outras leis e direitos.* E quando « o caso de que se tracta *não fôr determinado por lei, estylo « ou costume do reino,* mandamos que seja julgado, sendo « materia que traga peccado, pelos sanctos canones, e sendo « materia que não traga peccado, mandamos que seja jul- « gado pelas leis imperiaes, posto que os sacros canones « determinem o contrario. »

É assim que o codigo de D. Manuel proclama a superioridade das leis escriptas e do direito consuetudinario do reino sobre o direito chamado então commum e sobre o direito canonico. Em harmonia com a procedente doutrina, as Ordenações de D. Manuel tambem estatuem no Liv. I tit. 38 § 5:

« E porque nossa tenção é que nossas ordenações sejam « *mui inteiramente guardadas,* defendemos a todos os pro- « curadores, assim da nossa Côrte e Casa da Supplicação, « como da Casa do Civel, e a todas outras pessoas que em « cada uma das dictas casas feito trouxerem ou procurarem « ou requererem, que por palavra nem por escripto, não « alleguem nem requeiram contra *alguma* ordenação por « nós approvada, que se não deve cumprir, nem guardar, « nem por ella julgar, dizendo que é contra direito com- « mum, ou contra direito canonico, *emquanto a tal orde- « nação não fôr por nós revogada.* »

No direito publico da monarchia absoluta a collisão do direito canonico com as leis patrias, com os costumes patrios longamente seguidos e com as praxes da administração da justiça não tinha, portanto, valor algum. Ninguem podia, sob pena de mulcta, allegar a auctoridade dos cano-

nes contra ordenação que não fosse abrogada pelo soberano. Ainda como direito subsidiario, fóra das questões que tocassem por algum modo com materias espirituaès, o direito canonico ficava subordinado á auctoridade do direito romano.

Taes eram os principios fundamentaes da soberania civil quando o concilio entrou em Portugal, e foi n'elle acceita a sua disciplina. Mas o que eram as instituições disciplinares do concilio no que respeitava ao fôro externo? Uma reformação ou modificação do antigo direito canonico, e em grande parte uma restauração de leis da igreja, que os abusos tinham oblitterado. O direito canonico antigo era por indole e origem o mesmo que a nova reforma; era o resultado de deliberações de concilios e de resoluções dos pontifices. Que razão podia haver para que o complexo de preceitos, que o papa approvára depois de debater com os cardeaes a conveniencia ou inconveniencia de confirmar as inspirações do Espirito Sancto [1], tivesse em Portugal a força de contrastar principios fundamentaes da constituição do estado e de mover o soberano a derogar um avultado numero de leis e costumes nacionaes e de praxes recebidas na administração da justiça? As leis canonicas, que no principio da monarchia tinham chegado a ser antepostas á lei temporal, e muitas das quaes remontavam aos primeiros seculos da igreja, ou haviam sido promulgadas em concilios verdadeiramente ecumenicos e que sabiam a extensão da propria auctoridade, ou que, finalmente, eram preceitos do grandioso e omnipotente papado dos seculos XI, XII e XIII; essas não passavam de direito subsidiario perante a monarchia absoluta, e estas, que se recebiam porque Pio IV exhor-

[1] Veja-se a acta do consistorio de 26 de janeiro de 1564 no fim do concilio e a bulla *Benedictus Deus* do mesmo dia e anno.

tava n'uma bulla os principes catholicos para que *favorecessem e auxiliassem os prelados em fazerem cumprir os decretos do concilio* [1] estas tinham força maior, deixavam de ser subsidiarias, e desde que se acceitavam no paiz, essa acceitação significava a morte do principio constitucional da supremacia das leis e costumes patrios, mantida tão ciosamente até então pelo poder absoluto!

Parece-me que se ha interpretação do alvará de 12 de setembro absurda e antijuridica é a que vê n'aquelle acto do soberano, acto que, nem sequer vagamente e em termos genericos, deroga cousa nenhuma, a revogação *implicita* de uma boa porção de leis do reino e a quebra de um principio essencial da constituição da sociedade. Que se leia esse proprio acto [2] e ainda tal interpretação se achará mais singular. O seu preambulo é assás largo, e a bulla *Benedictus Deus* acha-se, a bem dizer, ahi transcripta; mas a parte dispositiva d'elle está longe de corresponder ás dilatadas considerações do preambulo. Essa parte, pasme o leitor, é apenas a seguinte:

« Mando ao Regedor da Casa da Supplicação e ao Governador da Casa do Civel, e a quaesquer outros officiaes e justiça de meus reinos e senhorios, que, *sendo requeridos pelos prelados* ácerca da execução sobredicta, dêem todo o favor e ajuda para o dicto effeito. »

Tal é a unica disposição preceptiva do celebre alvará de 12 de setembro, salvo as que se referem á sua publicação, promulgação e registo. Ainda vendo-o á luz a que o vê o

[1] Monemus et obtestamur ut... ad ejusdem concilii exequenda et observanda *decreta*, praelatis, cum opus fuerit, auxilio et favore suo adsint: Bulla *Benedictus Deus*.

[2] Orden. Vicentinas, Extravag. á Ord. do L. 2 tit. 1 § 13.

sr. visconde de Seabra, a derogação implicita ou a manutenção de um numero indeterminado de leis civis ficava hypothetica, porque condicional, á vista do texto do alvará. Dar-se-hia uma ou outra cousa a arbitrio dos prelados. Requeriam a ajuda do braço secular? As leis civis antinomicas com os decretos do concilio desappareciam. Não requeriam? Ficavam subsistentes, conforme a doutrina das Ordenações de D. Manuel. Os poderes magestaticos passavam em parte para os bispos, que os exerciam por via de requerimento, e as leis, os costumes e praxes do reino estavam em vigor ou abrogados conforme houvesse ou não houvesse ácerca d'isso requerimento episcopal.

Aos olhos de um leigo, que não póde penetrar nos arcanos da jurisprudencia, a opinião dos ignotos praxistas, que o sr. visconde cita sem os nomear, e a do letrado da Beira são deploraveis.

Fallei em ajuda do braço secular. É a conceder esta, ou antes a revalidar a concessão d'ella, que se reduz o alvará de 12 de setembro. Não ha lá mais nada. Entre as disposições disciplinares do concilio incluiam-se muitas que não podiam em certos casos levar-se á execução sem que n'isso interviesse a força material da sociedade, e cuja applicação, comtudo, pertencia aos prelados, pela natureza das cousas ou porque a lei civil lha deixava. Pelas ordenações então vigentes assegurava-se a estes o auxilio do poder temporal nos casos previstos pelas antigas leis canonicas que não repugnavam ás instituições, leis e costumes juridicos do reino. O codigo manuelino era assaz parco na concessão d'esse auxilio, mas não o negava. Na imposição de censuras canonicas em virtude de sentença ecclesiastica, a lei civil [1] asse-

[1] Manuelina, L. 5 tit. 46.

gurava a ajuda do braço secular para essas sentenças terem os seus effeitos materiaes, mas só a concedia o supremo tribunal da Casa da Supplicação, depois de revisto o processo [1] ainda assim a concessão era enormemente restringida pela denegação de tal auxilio quando o sentenciado appelava para Roma, embora a appelação não fosse recebida pelo juiz *a quo* [2]. Esta legislação foi modificada por D. João III, que tornou mais efficaz a acção dos juizes ecclesiasticos, negando em certos casos aos réus as cartas tuitivas do titulo 47 da Manuelina [3]. A ajuda, pois, do braço secular, era uma antiga concessão do soberano temporal feita á igreja, mas ninguem imaginaria que tal concessão ou promessa de auxilio envolvesse a annullação das leis civis diante do direito canonico que lhes fosse contrario, n'esse caso considerado como não existente pelo direito publico do reino.

N'um paiz exaggeradamente catholico e, além d'isso, dominado pelos jesuitas, a acceitação do concilio de Trento era inevitavel, e essa acceitação havia de se manifestar forçosamente por um acto do poder publico. A contextura do alvará de 12 de setembro está indicando que elle foi mais um acto politico do que de legislação civil. Nunca, porventura, se exarou um preambulo tão dilatado e tão opulento de graves ponderações para estatuir tão pouco. Cumpria mandar alguma cousa: mandou-se o que já estava ordenado nas leis. O preambulo não era exposição dos motivos ou explicação do acto legislativo: o acto legislativo é que era uma peanha, ou antes um calço, que mettiam por baixo d'aquelle preambulo.

Eis aqui o que, na opinião do advogado dos cruzios e dos

[1] Ibid. L. 1, tit. 4, § 7.
[2] Ibid. L. 5, tit. 47.
[3] Leão, Extravag. P. 2, tit. 2, l. 1.

bernardos e, o que é mais de espantar, na do sr. visconde de Seabra, revogou implicitamente as ordenações que collidiam com a disciplina de Trento.

A *inadvertencia* que Lobão attribue aos *Philippistas*, isto é ao legislador de 1603, vinha por herança; vinha do legislador que promulgara o assolador alvará de 12 de setembro de 1564. O proprio regente se esqueceu logo de que tinha destruido por esse acto a doutrina que seu pae proclamara, a supremacía das leis e costumes patrios sobre as leis que regiam o foro externo da igreja; esqueceu-se de que toda a legislação civil que repugnava á nova disciplina havia perecido. Ainda a terra não tinha comido os restos da pobre defuncta no cemiterio dos seculos, e já o cardeal regente expedia a carta regia de 17 de novembro ácerca dos clerigos que invocavam o privilegio do seu foro contra a auctoridade dos magistrados civís, ordenando que estes sobreestivessem na decisão de taes negocios, até se publicarem as determinações que se houvessem de tomar sobre os decretos do concilio [1]. Mas quaes determinações? Não eram esses decretos, havia apenas dous mezes, lei do paiz; não estavam mórtas e enterradas as ordenações que os contradiziam? Parece que o cardeal não o entendia assim, ou andava *pouco advertido*.

Esta *inadvertencia* do supremo poder continúa a manifestar-se por actos successivos, cada um dos quaes a falta de tempo e de espaço me não permitte particularisar aqui [2]. Á vista da opinião do letrado dos cruzios e do sr. visconde de Seabra, não é possivel explicar plausivelmente

[1] Synopse Chronol. vol. 2, p. 104.

[2] Vejam-se os actos legislativos em que se põe em vigor disposições do concilio, mencionados na mesma Synopse p. 105, 108, 113, 130, etc.

esses actos legislativos singulares tão repetidos, senão por uma hypothese: — O pleonasmo tinha vindo substituir no direito publico da monarchia absoluta a imperativa autonomia dos costumes nacionaes e a omnipotencia da soberania temporal.

Fallemos sério. Havia no direito do reino um principio regulador que obstava a essas revogações geraes e collectivas, quer directas, quer virtuaes e implicitas. « Porque « nossa tenção não é — disse o legislador — por nenhumas « *provisões geraes* derogarmos nossas ordenações, manda- « mos que quando nossos alvarás, privilegios ou cartas, que « não forem doações, forem contra nossas ordenações, posto « que nellas diga que o fazemos de nossa sciencia certa e « sem embargo de nossas ordenações serem em contrario, « *nunca se entenda derogada* nenhuma nossa ordenação, « nem a tal clausula geral obre effeito algum contra dispo- « sição de *qualquer nossa ordenação*, salvo se *expressa-* « *mente* por nós for derogada a dicta ordenação [1]. » Tal era o principio de direito patrio que regulava o assumpto.

O valor, pois, que se quer attribuir ao alvará de 12 de setembro não existiu nunca, porque repugnava a esse principio. Não o provam, porém, só a impossibilidade de conciliar aquelle alvará, assim interpretado, com a ordenação do L. 2, tit. 49 da Manuelina, e as illações que se deduzem do seu proprio contexto e dos actos posteriores do legislador, que foi gradualmente alterando ou revogando diversos titulos das Ordenações para os accommodar á disciplina de Trento, o que era inevitavel attenta a influencia dos jesuitas. Ha mais: vem confirmar essas provas o exame das leis subsequentes, que restringiam ou contrariavam a mesma

[1] Manuelina L. 2, tit. 49.

disciplina. Para nos desenganarmos, basta que analysemos a provisão de 2 de março de 1568 [1].

Esta provisão refere-se a conflictos de jurisdicção entre o estado e a igreja, entre os magistrados seculares e os juizes ecclesiasticos. A linguagem della é respeitosa, submissa, até, para com as decisões de Trento. Nas formulas apparece a mão do jesuita; nos preceitos apparece, postoque dissimulada, a do legista da velha eschola e da velha monarchia. A lucta perpetua dos representantes e fautores dos dous poderes, temporal e espiritual, manifesta-se mais uma vez ahi. O jesuita e o canonista obtinham nesse acto legislativo notaveis vantagens, mas o jurisconsulto, o civilista salvava o principio da soberania temporal. A provisão de 2 de março é um monumento importante na historia do nosso direito.

Em harmonia com a anterior disciplina, o concilio de Trento submettera ao julgamento dos juizes ecclesiasticos e ás formulas do processo ecclesiastico certos actos, que ou envolviam questões civis, ou que eram conjunctamente culpas canonicas e delictos temporaes, e que, assim considerados cahiam debaixo da acção dos tribunaes seculares. Desse duplo caracter e dessa dupla competencia deviam necessariamente resultar conflictos. A excommunhão fora a maxima pena dos delictos religiosos, mas o abuso della tinha-lhe tirado o valor. Em geral, a penalidade material, ou com effeitos materiaes, produzia maior impressão nos animos tibios ou obdurados dos homens. O concilio teve a franqueza de o confessar, e de deliberar em conformidade com isso. Recommendou-se a toda a especie de juizes ecclesiasticos a mais severa economia na applicação de anathemas e interdictos, e que onde lhes fosse possivel proceder, quer nas

[1] Leão, Extravag. P. 2, tit. 2, l. 13.

phases do processo, quer nas sentenças definitivas, por execuções pessoaes ou reaes, seguissem antes este systema, que, aliás, se achava já de longa data introduzido até certo ponto na praxe, por favor ou tolerancia do poder temporal. Nas causas civeis, que, fosse porque titulo fosse, pertencessem ao foro ecclesiastico, deviam applicar de preferencia, ainda contra leigos, as mulctas pecuniarias, as penhoras ou arrestos, a compulsão pessoal, ou por via de seus officiaes, ou por via de alheios, e em summa, recorrer a quaesquer remedios de direito para tornar efficazes os proprios julgamentos. Ás causas crimes devia-se applicar exactamente a mesma regra. As censuras ficavam sendo um recurso extraordinario, mas ácerca do qual era defeso ao magistrado secular conhecer, ou exigir a revogação das mesmas censuras, sob pretexto da não observancia das leis [1].

Esta ultima disposição era singular. O concilio entendia que aos tribunaes ecclesiasticos devia ser permittido converterem o seu foro em foro civil, appropriarem-se dos meios que a sociedade temporal tem para manter a justiça, disporem da propriedade e liberdade dos cidadãos para realisar o direito da sociedade religiosa, servirem-se, até, dos officiaes publicos como instrumentos seus; mas recusava formalmente ao poder secular o direito de examinar sequer a legalidade com que esses tribunaes haviam applicado as censuras canonicas, quando, aliás, estas, em virtude de disposições e providencias de direito civil, tinham, nos paizes catholicos, effeitos temporaes.

Foram estes e outros excessos que deram causa a ser o concilio rejeitado em França, e sophismado ou gradualmente annullado, nas suas disposições mais audazes contra a sobe-

[1] C. Trid. Sess. 25, de Reform. c. 3.

rania, nos outros paizes catholicos. Vejamos o que entre nós se fez ácerca deste assumpto.

Se, como entenderam os praxistas, para mim desconhecidos, que o sr. visconde de Seabra applaude, e como entendeu o letrado de Lobão, o alvará de 12 de setembro de 1564 tinha anniquilado todo o direito portuguez que collidia com os preceitos conciliares, os conflictos eram moralmente impossiveis entre os juizes e officiaes ecclesiasticos e os magistrados e officiaes seculares. Aos ultimos cumpria só obedecer a esses preceitos, e elles eram, nesta parte, de uma precisão e clareza admiraveis. Resulta, porém, da provisão de 2 de março de 1568 que os prelados e os seus ministros queriam manter a nova disciplina, mas que os magistrados e officiaes civis queriam manter o direito do reino. Era que não tinham dado tino dos portentosos effeitos do alvará de 12 de setembro. O poder legislativo interveio então no conflicto e quiz prover de remedio. O remedio era simples: era suscitar a disposição daquelle alvará, se ella tinha a significação que se lhe attribue. Mas, como os magistrados, o soberano parece que ignorava isso. Em vez de uma providencia em quatro linhas, que nessa hypothese bastaria a sopitar todas as contendas, apparece uma provisão em treze paragraphos, precedidos do respectivo preambulo. Vamos ver como nesse acto legislativo ainda luctam os dous elementos oppostos, a supremacia da igreja e a supremacia do estado, e como esta triumpha, senão em varias disposições, ao menos na substancia e na idéa fundamental da lei.

No preambulo, o soberano declara que quer *em tudo* dar ajuda aos decretos do *concilio*, para, como seus antecessores, obedecer *á sé apostolica*. A phrase é de jesuita, e, em relação á constituição da igreja, altamente significativa. Os legistas, porém, não obstam a essa phrase, que só indirecta-

mente póde importar ao poder temporal. O rei quer manter a jurisdicção ecclesiastica, mas tambem quer *conservar a propria*. Eis o que importa aos civilistas. Vejamos como se resolve a difficuldade insuperavel de manter *em tudo* os decretos do concilio e de manter ao mesmo tempo intacta a soberania temporal.

O rei conforma-se com a doutrina de que os prelados pódem, *quando bem lhes parecer*, tornar executorias as suas sentenças, prendendo e penhorando pessoas leigas. São expressas as determinações do concilio a este respeito. Mas tambem quer evitar os inconvenientes de fazerem os prelados a dicta execução *por sua propria auctoridade ou de seus ministros*. Assim ordena:

Que os prelados façam mostrar aos magistrados seculares os processos e sentenças dos juizes ecclesiasticos, e que, *achando-se que os dictos processos foram ordenadamente processados*, se lhes dê ajuda do braço secular. E se não se achavam? A consequencia tira-a o leitor: os magistrados tambem podiam tirá-la. A provisão, essa calla-se: pedia isto a boa cortezia para com os jesuitas do paço. O que, porém, resultava obviamente do contexto da lei era, que os processos e sentenças contra seculares em que se impozessem penas temporaes dependiam de uma revisão do magistrado civil, para se executarem pelos officiaes publicos, e que os prelados não podiam proceder á execução pelos seus. Isto fazia-se para guardar *em tudo* as disposições do concilio, que dava aos bispos o arbitrio de fazerem executar pelos seus agentes ou pelos alheios as decisões dos juizes ecclesiasticos.

A provisão ia mais longe. Substituiam os prelados contra os leigos as censuras aos meios de compulsão material?

Como as excommunhões tinham, em virtude de leis civis, effeitos temporaes, podiam pedir a ajuda do braço secular para taes effeitos, visto que para os espirituaes de certo não precisavam d'ella. Nesse mesmo caso deviam apresentar ao magistrado civil o processo e a sentença, e tendo tudo corrido *bem e devidamente* (*ritè*), obteriam d'elle a ajuda do braço secular. Se não tinha corrido *ritè*, é claro que não deviam obtê-la.

Para tudo e para todos, quando se tractava de delictos julgados nos tribunaes da igreja, eram necessarios os exames dos magistrados civis e a sua intervenção material. Mas a doutrina da *jurisdicção preventa* acabava de firmar theoricamente, na provisão de 2 de março, a supremacia do poder temporal sobre o espiritual e conseguintemente a das leis civis sobre as canonicas, supremacia que não só era direito publico do reino, proclamado nas Ordenações Manuelinas, então vigente, mas que tambem era inevitavel corollario da soberania omnimoda do poder real.

A jurisdicção preventa dava-se em todos os casos de foro mixto. Se os tribunaes civis tinham conhecido do facto criminoso, a justiça ecclesiastica ficava, pela provisão de 2 de março, inhibida de intervir na apreciação judicial desse facto. Se não tinham conhecido, aos prelados, por si ou por seus juizes, era licito conhecer delle; mas lá estava então a revisão definitiva do magistrado civil para manter a suprema jurisdicção do rei.

Tal é, em resumo, a doutrina deste acto legislativo. Entre elle e o alvará de 12 de setembro de 1564 ha, sem duvida, correlação. A lei de 2 de março mostra-nos qual foi o valor que se deu áquelle alvará. A magistratura repelliu as pretensões exorbitantes do clero, que pretendia

servir-se do auxilio do braço secular a seu bel-prazer. Di-lo o preambulo da provisão. Chamado pela natureza das cousas a intervir na contenda, o soberano, pródigo de protestos de obediencia á sé apostolica, de respeito ás decisões do concilio, mantém as doutrinas de direito publico e civil do reino. A ajuda do braço secular, que é a manifestação do reconhecimento da jurisdicção ecclesiastica pela sociedade temporal, conserva essa jurisdicção na sua esphera de inferioridade. O julgamento ecclesiastico depende da revisão secular para produzir effeito. Quando o tribunal secular julga e applica a lei civil, o tribunal da igreja está fechado, e a lei canonica silenciosa. É que lhe impõe silencio o direito vigente, consagrado no liv. 2, tit. 5, e no liv. 1, tit. 38, § 5 das Ordenações de D. Manuel.

Practicamente, é preciso confessá-lo, a provisão de 2 de março não podia ter as consequencias que, absolutamente fallando, deviam derivar da sua doutrina. Verdadeiramente efficaz, para cohibir as perseguições dos juizes ecclesiasticos contra os seculares, só era a disposição do liv. 1, tit. 4, § 7 da Manuelina, que attribuia a faculdade de conceder a ajuda do braço secular exclusivamente á Casa da Supplicação. Distribuida esta faculdade pelos magistrados subalternos, pelos corregedores, provedores e juizes de fóra, os prelados não deviam encontrar n'elles nem a resistencia nem a força moral que lhes podia oppôr o primeiro tribunal do reino.

A provisão continha, além d'isso, concessões que desmentiam a severidade do direito antigo. Mas esse acto legislativo, a que se não tem dado todo o valor que elle merece, é o ultimo protesto da soberania contra as idéas que vão dominar o paiz sob o irresistivel influxo dos jesuitas; é a affirmação do direito publico do reino, da preeminencia do poder temporal e da sua manifestação, a lei civil, sobre o

poder da igreja e as leis da igreja, quando, ultrapassando os seus limites espirituaes, esta pretende intervir por actos materiaes e externos na sociedade politica.

Que era feito do alvará de 12 de setembro de 1564?

A maior ou menor extensão de poder dos prelados, considerada em si, não tinha importancia para os jesuitas. Entre estes e aquelles a amizade não era grande. Mas, desde que o concilio tridentino, forçada ou livremente, submettera o episcopado ao poder pontificio e amarrara o presbyterado aos pés do episcopado; isto é, depois que reconhecera e consagrara o absolutismo no mundo catholico, manter as celebres *liberdades* da igreja contra o poder civil vinha a ser, virtualmente, manter o absolutismo papal. Esse fim era o da existencia dos jesuitas; a *sociedade* não tinha outra razão de ser. Eis porque elles sustentavam com fervor a auctoridade dos bispos e as *liberdades* do clero.

Os filhos de S. Ignacio eram e são homens essencialmente practicos. A Companhia de Jesus tractou logo de pôr cobro nestas demasias. A provisão de 2 de março prova que nos conselhos da coroa as resistencias ao completo aviltamento da soberania temporal ainda eram assás poderosas, e que o elemento legista ainda sabia e podia obter vantagens na lucta. Mas, em que mãos estava o poder supremo? Estava nas mãos de uma creança de 14 annos, educada pela Companhia e simples titere della. Cumpria que a igreja não tornasse a encontrar resistencias destas, e que não tornassem a repetir-se escandalos assim.

O padre Luiz Gonçalves e seu irmão Martim Gonçalves resolveram-se a governar, *quasi cadavera*, unicamente sob a inspiração da Companhia.

A auctoridade suprema conquistada laboriosamente, lentamente, e obtida a final com certeza causou vertigens aos jesuitas. Foi uma orgia de reacção ecclesiastica durante alguns annos.

Licção para o tempo presente.

A sociedade civil foi obrigada, emfim, a ajoelhar de mãos postas diante da igreja official, diante dos seus tribunaes e das suas leis. O leitor sabe que, como hoje, a igreja hierarchica era n'aquelle tempo o papa, ou antes a curia romana.

As leis de D. Sebastião, desde o começo do reinado exclusivo dos seus directores espirituaes e politicos, são uma vasta demolição do direito publico e privado do reino. O primeiro acto d'essa demolição é a revogação especial das disposições anti-canonicas da provisão de 2 de março de 1568. Começava-se por abafar o ultimo grito de independencia, dado a medo pela soberania temporal [1]. Os 18 artigos da concordia com o clero fecharam essa serie de insultos á sociedade civil e á constituição do estado [2].

Depois de dez annos de governo nominal, o rei noviço dos jesuitas ia perecer doudamente em Africa, e d'ahi a pouco mais de um anno a independencia de Portugal descia ao tumulo com o cadaver do tonto cardeal-rei.

[1] Provisão de 19 de março de 1569 nas *Leis e Provisões que elrei D. Sebastião fez depois que começou a governar* (Lisboa 1570) p. 1.

[2] A Concordia de 18 de março de 1578 acha-se em Pereira *De Manu Regia* Vol. 1, p. 491.

IX

Quando o celebre Thomé Pinheiro da Veiga, alludindo á legislação do reinado dos jesuitas, lhe chamava com amarga ironia *leis de D. Sebastião ou de Martim Gonçalves* [1], não exprimia um sentimento individual de repugnancia; exprimia o desprezo ou a hostilidade da eschola dos civilistas, que, no meio da revolução legislativa feita pelos filhos de S. Ignacio e pelos seus apaniguados, se conservava fiel ás antigas doutrinas da supremacia do poder secular nos actos da vida social, e da superioridade das leis civis, que regiam esses actos, ás leis ecclesiasticas, que tambem pretendiam regê-los no mundo material. Nenhuns monumentos historicos podem, talvez, dar-nos tão bem a conhecer quaes foram, desde a intrusão dos Philippes até os fins do seculo XVII, a influencia e o prestigio dessa eschola, como os pareceres e recursos dos procuradores da corôa, sobretudo de Thomé

[1] No longo e chistoso parecer dado como procurador da corôa n'um recurso dos moradores da Arruda, parecer que vem transcripto em Pegas, ad Ordin. L. 2, tit. 8.

Pinheiro da Veiga, e diversos accordãos dos tribunaes superiores, colligidos por Alvares Pegas [1]. Os civilistas não só exerciam magistraturas secundarias, mas tambem faziam parte dos tribunaes mais elevados, e occupavam altos cargos do estado. O elemento ecclesiastico e o elemento secular repelliam-se. Tanto os sectarios da supremacia temporal, como os da espiritual buscavam fazer triumphar as proprias opiniões onde quer que o seu voto podia pesar ou ser ouvido. A confusão que reinava no foro depois de 1603, á qual o sr. visconde de Seabra allude no seu opusculo [2], reinava já antes disso. E não se limitava ao foro; abrangia todas as espheras da existencia social onde se achavam frente a frente os dous principios. O que tinham as questões forenses era que, pela natureza das cousas, os conflictos deviam ser ahi mais frequentes e ligarem-se de modo mais directo com os interesses ou com as paixões das duas parcialidades adversas.

Em relação ás doutrinas, a dominação castelhana trazia vantagens aos civilistas. Humilhados durante uns poucos de annos, aclaravam-se-lhes agora os horisontes. Philippe I era homem máu, mas era homem sério: era rei a valer. Que os jesuitas houvessem contribuido, mais ou menos, para elle obter a corôa de Portugal, é possivel; mas essa corôa ficava sendo delle e não delles. Philippe era devotissimo da religião; mas era muito mais devoto do proprio despotismo. O *Diabo do Meiodia* não admittia gracejos ácerca da sua omnipotencia civil. Os bispos hespanhoes que haviam assistido em Trento — escrevia elle ao vice-rei de Napoles, a proposito da acceitação do concilio — certificavam-lhe que a mente daquella assemblea não fora de modo algum prejudicar as

[1] Tom. 8 dos Commentarios ás Ordenações, *passim*.
[2] Pagin. 27.

regalias e direitos da corôa de Hespanha; que, portanto, tivesse todo o tento em não tolerar novidades que offendessem a regia auctoridade. Iguaes providencias se davam para os Paizes Baixos. Entretanto, isso não obstava a que ostensivamente mostrasse por actos publicos e solemnes que acceitava o concilio, ordenando que as disposições delle fossem publicadas, observadas e mantidas nos seus estados [1].

Tal era o caracter de Philippe I. Em Portugal, de certo, não se ignoravam nem a indole, nem o modo de pensar de sua magestade. A este não diria Lobão, se vivesse naquelle tempo, que o acto pelo qual se admittira na vasta monarchia hespanhola o concilio de Trento, acto muito mais amplo e positivo que o alvará de 12 de setembro de 1564, annullava o direito patrio publico e privado, e muito menos que deixava de antemão revogada aquella parte desse direito cuja observancia fosse depois suscitada. O *Diabo do Meiodia* era um diabo com garras compridas e um pouco atraiçoado.

Nem só Lobão attribuiu a descuido ou a negligencia dos redactores do codigo philippino as contradicções ou antinomias entre algumas disposições delle que derivam do direito patrio e outras que derivam do direito canonico [2]. A explicação tem a vantagem de ser facil, mas não tem a de ser verdadeira. Quem foram os redactores do novo codigo? Paulo Affonso e Pedro Barbosa, tendo por collegas Damião d'Aguiar e Jorge de Cabedo. Este ultimo pertencia á eschola monarchica e temporal. De Damião d'Aguiar sabemos só que foi um dos personagens comprados por Philippe II para

[1] Giannone, Istoria Civile del Regno di Napoli, Lib. 33, c. 3.

[2] Ribeiro, Memorias de Litter. da Acad. T. 6, pag. 17, Rocha, Ensaio, Epoc. 7, art. 5 e os AA. ahi citados.

lhe entregarem Portugal e dos que mais zelosos se mostraram do dominio de Castella. A sua amizade particular com o papa Clemente VIII, amizade travada quando este era um obscuro addido á legação do cardeal Alexandrino, não prova, como pretende o auctor da Deducção Chronologica, que elle fosse cliente dos jesuitas, ou preferisse o predominio theocratico ao absolutismo secular. Os que parece terem sido indisputavelmente addictos ao jesuitismo são os dous primeiros. Eram elles que tinham promovido a approvação dos 18 artigos da chamada concordia de D. Sebastião, e influido para que se expedisse a provisão de 18 de março de 1578 que os sanccionava [1]. Desde que se começou a nova compilação até sua promulgação mediaram oito annos, e o proprio auctor da Deducção Chronologica, que até attribue aos jesuitas as epidemias, e não sei se as chuvas nocivas e as tempestades, reconhece que os compiladores affectos ás idéas da supremacia temporal da igreja acharam resistencia ás suas maximas nos civilistas que pertenciam aos tribunaes supremos do estado, resistencias que foram obstaculo invencivel a que triumphassem nas Ordenações do reino muitas pretenções exorbitantes de Roma [2].

Diz-se que a idéa de se redigir o novo codigo nascera dos jesuitas [3]. É uma affirmativa profundamente inexacta. Foram os prelados seculares do reino que propozeram e sollicitaram, nas côrtes de 1562, *que as extravagantes que estão nos livrinhos das Casas* (da Supplicação e do Civel) *se incorporem nas Ordenações, e a ordem do juizo se emende, de maneira que tudo se reforme no que parecer necessario* [4]. As duas collecções de Nunes do Leão podem

[1] Mello Freire, Hist. J. C. § 83, n.
[2] Deducç. Chronol. T. 2, Dem. 6, § 90.
[3] Ibid. § 89.
[4] Cortes de 1562, cap. dos Prel. *Da Ordem da Justiça.*

considerar-se como trabalhos preparatorios para a realisação desse voto, e a ordem do trabalho da commissão creada em 1595 corresponde a uma reforma como a concebiam os prelados. Que tinham os jesuitas com isto? O episcopado havia-se mostrado assás malevolo para com a Companhia naquella assembléa [1]: porque perfilharia, pois, a Sociedade de Jesus o pensamento dos prelados? Demais: que ganhava ella, que ganhava Roma em que se redigisse um novo codigo? Podiam desejar ou esperar que ahi se abatesse mais o poder temporal perante a supremacia da igreja do que o estava na legislação vigente de D. Sebastião ou, conforme dizia Thomé Pinheiro, de Martim Gonçalves? Por outra parte, como era que, tendo aquella congregação força para mover Philippe I a mandar redigir um codigo novo, não a tinha para fazer entrar na commissão exclusivamente apaniguados seus, nem para impedir que os legistas, membros dos tribunaes superiores e seus adversarios, podessem depois repellir em parte, revendo esse codigo, as maximas ultramontanas com que se havia demolido, neste ponto, o direito publico e a mais sensata legislação das Ordenações de D. Manuel?

Imaginar que as antinomias da compilação philippina foram resultado de imprevidencia ou desleixo, sobretudo na legislação que representa o predominio, ora das idéas ultramontanas, ora das idéas da supremacia do poder temporal, parece-me quasi pueril, quando se attende á lucta que existia já e que continuou depois entre duas escholas adversas, e aos factos que resultam das proprias Ordenações. Suppôr que Paulo Affonso ou Pedro Barbosa, os homens que tinham feito triumphar a supremacia da igreja nos 18 artigos e na provisão de 18 de março de 1578, se esqueciam disso,

[1] Cap. da *Universidade de Coimbra.*

para deixarem entrar no novo codigo disposições do antigo que destruiam a sua obra, é inacreditavel. Havia, por exemplo, duas leis recentes, essencialmente antinomicas: a provisão de 2 de março de 1568 e a de 19 de março de 1569. A primeira, apesar de grandes concessões á auctoridade ecclesiastica e á disciplina de Trento, mantinha, como vimos, a supremacia temporal: a segunda punha-a amarrada aos pés da igreja, substituindo absolutamente ás leis patrias as decisões do concilio, e revogando expressamente a primeira. A lei vigente, ao redigirem-se as novas Ordenações, era a ultima. Como succedeu, pois, que a lei vigente esqueceu, e foi a provisão de 2 de março, foram as doutrinas da lei abolida — a revisão do magistrado secular, a jurisdicção preventa — que vieram enthronisar-se nos titulos 8 e 9 do liv. 2 das Ordenações Philippinas? Se não houve para isso motivos serios, Paulo Affonso e Pedro Barbosa não andavam pouco advertidos: estavam dementes.

A analyse das Ordenações do reino, em relação á materia, não cabe nos breves limites destes estudos. Se a fizessemos, de certo achariamos antinomias, cuja existencia só poderia explicar-se pela imperfeição inherente a todas as obras humanas. As que, porém, nos apresentam collisões radicaes entre as doutrinas de antigo direito patrio e a nova disciplina da igreja, essas obviamente manifestam a lucta de dous principios oppostos, que tentam transigir e que não pódem, porque são repugnantes entre si; principios ambos absolutos e portanto exclusivos; principios que é possivel juxtaporem-se, mas que não é possivel incorporarem-se, nem limitarem-se um ao outro, senão apparentemente. Equilibravam-se na sociedade, porque ambos tinham grande força; mas esse equilibrio, facto puramente externo, não era a paz, era a guerra; porque nenhum delles se contentava com affirmar a propria independencia, mas negava a

independencia alheia. Cada um delles invadia ou tentava invadir a esphera do outro; postoque, n'esta parte, as pretenções do poder temporal fossem, sem comparação, menos insolentes que as do poder espiritual. O phenomeno não se dava só neste canto da Europa; dava-se em toda ella. A politica de Philippe I, o mais poderoso e o mais astuto principe do seu tempo, representa a appreciação exacta e lucida desse estado da sociedade. Ninguem mais submisso á igreja; ninguem mais fanatico, até. Mas, se a igreja mettia a mão nas dobras do seu manto regio para o despedaçar, retirava-a logo ferida e ensanguentada, porque lha rasgara o mesmo ferro com que o monarcha hespanhol assassinara um filho para manter a integridade da propria soberania.

De certo, Philippe I não interveio immediatamente na compilação das Ordenações; mas os legistas, os partidarios das antigas instituições, deviam tirar vantagem contra os seus adversarios do ciume de auctoridade que caracterisava o conquistador do reino, e da sua bem conhecida inflexibilidade em manter intactas as proprias prerogativas, ao mesmo tempo que a parcialidade contraria se havia de valer, para conservar no novo codigo certas doutrinas, do zelo religioso ou antes do fanatismo verdadeiro ou fingido do monarcha. A influencia jesuitica, exclusiva e omnipotente, essa é que tinha deixado de predominar.

É nestes factos indubitaveis da historia que está a explicação das antinomias das Ordenações Philippinas, não nas somnolencias dos seus redactores. Explicações dessas devia a alta intelligencia do sr. visconde de Seabra deixá-las para os Lobões mortos ou vivos, ou para compendios elementares, escriptos á pressa e sem detido exame. Não devia fazer ás semsaborias do letrado dos cruzios a honra de as transcrever, calumniando-as de severas. Para se appreciar

bem o valor e a significação que teve o codigo de 1603, é preciso não o contemplar das alturas illuminadas pela philosophia e pela sciencia do direito da nossa épocha; mas sim do valle profundo e triste do reinado de D. Sebastião. Em relação a esses tempos deploraveis, a Philippina, apezar de todas as concessões exhorbitantes feitas ahi ao poder espiritual, representa uma restauração da soberania aviltada, do direito publico do paiz postergado, da auctoridade temporal escarnecida.

As Ordenações de 1603 não restabelecem só a parte mais importante da provisão de 2 de março de 1568: restauram e consagram a supremacia das leis e costumes patrios, e das praxes dos tribunaes civis sobre o direito romano e sobre o direito canonico [1]; restauram e consagram a doutrina de que a derogação de uma lei nunca existe, sejam quaes forem as fórmulas geraes de que o principe use nos actos do poder soberano contradictorios com ella, sem que expressamente a revogue, referindo-se ao seu objecto [2]: revalidam e mantem a prohibição de se invocarem perante os tribunaes quaesquer doutrinas de direito romano ou canonico contrarias a ordenações não revogadas [3]. Eram os mesmos principios reguladores estabelecidos quasi um seculo antes nas Ordenações de D. Manuel.

Eis porque a doutrina destas relativa aos casamentos presumidos por cohabitação e fama publica vieram formar o § 2 do liv. 4, tit. 46. Proclamadas aquellas maximas de direito publico, como podia essa doutrina deixar de ser considerada em pleno vigor e inserida no novo codigo?

[1] Philippina, L. 3, tit. 64.
[2] Ibid. L. 2, tit. 44.
[3] Ibid. L. 1, tit. 48, § 6.

Qual era o acto legislativo que expressa e especificadamente a havia derogado? Esqueçamos o que ordenava e o que valia o alvará de 12 de setembro de 1564. Supponhamos que elle queria que se observassem no reino, sem restricção, os decretos tridentinos. Devia entender-se que bastava isso para considerar como implicitamente annullada toda a legislação civil que collidia com o direito canonico, quando o direito publico do reino, em vigor naquella epocha, não o consentia, e quando esse direito publico, menosprezado durante uns poucos de annos, vinha emfim tomar, sob o regimen de um principe altamente cioso da soberania temporal, o logar que lhe competia?

A singular theoria que o sr. visconde de Seabra converte em opinião geral dos jurisconsultos do seculo XVII, e que approva; a theoria de que todas as leis reproduzidas, sem emenda nem alteração alguma, da Manuelina na Philippina, que se oppunham ás decisões dos padres de Trento estavam forçosamente revogadas, porque, embora restituidas de novo, não podiam deixar de ser velhas, dá, como já notei, o absurdo de que é prohibido ao legislador renovar uma lei antiga que por circumstancias ou por erro derogou, ou que se reputa derogada, directa ou virtualmente. Mas tenta-se disfarçar o absurdo com um facto insignificante, que se eleva á altura de principio limitativo da soberania. Se a lei antiga é reproduzida *sem emenda nem alteração alguma*, o que, supponho eu, quer dizer *textualmente*, a reproducção não vale. Póde o soberano bradar que as conveniencias publicas exigem que a lei renasça; que a propria vontade é essa. A jurisprudencia responde-lhe que a lei era velha e morreu; que elle, resuscitando-a, nem sequer lhe dá um vestido novo; que a sua auctoridade não chega a tanto; que ha duas cousas acima delle: — o direito natural e a novidade da syntaxe e do estylo.

Infelizmente, porém, a theoria do sr. visconde, que, segundo elle diz, se estriba na opinião geral de nossos maiores, ainda assim não me parece applicavel ao titulo 46 do livro 4.º da Philippina, que justamente é um daquelles que provam ser calumniosa a accusação feita aos compiladores do novo codigo, de que estavam a dormir quando fingiam que trabalhavam. O titulo 46 abrange uma lei só, e o seu objecto é o direito de meação. No preambulo firma-se a doutrina geral que rege a materia, e estabelece-se a sua excepção generica. Nos dous primeiros §§ applica-se aquella doutrina aos dous casamentos que a lei civil reconhece, o casamento canonicamente legitimo, e o casamento presumido, que só temporalmente tem effeitos legaes: no § 3.º prevê-se uma hypothese especial, a de um conjuge condemnado por hereje. Nessa hypothese, a lei ordena que se entenda sempre existir o direito de meação, para se proceder ao confisco dos bens do sentenceado.

Compare-se esta lei com a que lhe corresponde no codigo de D. Manuel [1]. O preambulo da lei manuelina, que versa, como já tive occasião de notar, sobre assumpto de indole bastante diversa da doutrina dos subsequentes §§, foi constituir um titulo differente [2], e substituiu-se pelo preambulo do titulo 7.º do 4.º livro das mesmas Ordenações, intimamente connexo com esses §§. Estes redigiram-se de novo, com a simplicidade e clareza que lhes faltava, em metade das phrases que empregara o primeiro legislador. O terceiro §, que se accrescentou, é de materia nova e não tem, que eu saiba, fonte conhecida na legislação precedente.

Eis-aqui a lei que, no entender do sr. visconde, foi co-

[1] Liv. 2, tit. 47.
[2] Philippina, liv. 2, tit. 37.

piada, *sem emenda nem alteração alguma*, do codigo de D. Manuel, e que os quatro redactores da Philippina escreveram para alli, sem darem tino d'isso, a sonhar, machinalmente, quando estavam no melhor do seu somno de digestão.

Adoptada a doutrina de Lobão, que na essencia é o mesmo que a theoria do sr. visconde de Seabra, não seria facil dizer o que realmente resta em pé dos titulos das Ordenações vigentes que teem por fontes titulos da Manuelina, e quaes são os monumentos que não deixou tombados no campo da nossa legislação o vendaval dos preceitos disciplinares de Trento, solto n'esse campo pelo alvará de 2 de setembro de 1564. Custaria pouco apontar muitas destas ruinas; seria, porém, difficil enumerá-las todas. Sinto que os limites d'estes estudos apenas me consintam lembrar algumas.

O concilio de Trento ordena que a respeito dos minoristas, casados ou solteiros, se guarde a constituição de Bonifacio VIII, que os isenta da jurisdicção secular no crime e no civel, e mantém a favor d'elles a immunidade do foro ecclesiastico [1]. A ordenação do liv. 2, tit. 1, §§ 4 e 27, submette-os civel e criminalmente ao juizo secular. Nas questões civeis o titulo 7 do mesmo livro submette os proprios presbyteros aos juizes temporaes. Estas ordenações são transcriptas da Manuelina liv. 2, tit. 1, §§ 14 e 15, e titulo 6.

O concilio sujeita os tabelliães de nomeação régia e, em geral, secular ao exame dos bispos, que, não os achando sufficientes, pódem inhibi-los de intervir em litigios, causas, ou quaesquer outros negocios da igreja [2]. A ordena-

[1] Sess. 23 de Reform., c. 6.
[2] Sess. 22, de Reform., c. 10.

ção do liv. 2, tit. 20, estatue que nenhuns contractos sobre bens da igreja em que um dos pactuantes seja leigo possam ser feitos por notarios apostolicos ou escrivães ecclesiasticos, mas só por tabelliães. Pela ordenação do liv. 2, tit. 45, §§ 16, 23, etc., os tabelliães eram exclusivamente examinados pelo Desembargo do Paço, inhibidos por sentença judicial, e restituidos por provisão régia. As fontes d'estas ordenações são o liv. 2, tit. 10, § 1, e tit. 26, §§ 21, 28, etc., da Manuelina.

O concilio admitte, sem a restringir nem especificar, commutação da ultima vontade dos testadores, attribuindo aos bispos o direito de resolver sobre este assumpto [1]. A ordenação do liv. 1, tit. 62, §§ 8, 12, 13, etc., exige o rigoroso cumprimento dos testamentos, não presuppondo nunca taes commutações. É a mesma doutrina da Manuelina, liv. 2, tit. 35, §§ 7, 11, 12, etc.

Desde 1603 até a legislação josephina, o que regia o paiz ácerca d'estas materias? Eram as Ordenações do reino ou os decretos de Trento? Eram as maximas de que o direito canonico nem tinha valor, nem podia invocar-se contra as leis civis, e de que nenhuma d'estas se reputava revogada emquanto o não fosse expressa e especificadamente, ou era o alvará de 12 de setembro de 1564 com a significação que se lhe attribue hoje?

A Casa da Supplicação, o primeiro tribunal judicial do reino, cujos assentos tinham força de lei, ou antes eram leis declaratorias, e que ainda constituem direito, essa respeitava e mantinha o principio da supremacia da lei civil e o da permanencia e auctoridade das ordenações, emquanto

[1] Sess. 22, de Reform., c. 6.

uma revogação expressa e directa não vinha annullá-las; respeitava e mantinha esses principios justamente na questão de que se tracta. Eis o que diz o assento de 1 de julho de 1631:

« Assentou-se... sobre o entendimento da ordenação liv. 5, « tit. 22..., se esta ordenação emquanto castiga os que casa- « rem com filhas menores de 25 annos que estão em poder « de seus paes, e administração da mãe ou do tutor, se « aquella ordenação se devia entender simplesmente, assim « nos que *casam com auctoridade e faculdade do ordina- « rio*, como *clandestinamente*, sem preceder a dicta licença; « e assentou-se que se devia entender e practicar em am- « bos os casos » Firmam este assento doze magistrados, entre cujos nomes avulta o de Thomé Pinheiro da Veiga.

Os corollarios que se tiram d'este acto legislativo são: 1.° Que em 1631 estava em seu inteiro vigor o titulo 22 do livro 5.° das Ordenações do reino, que a *severidade* de Lobão declara revogado pelo alvará de 12 de setembro de 1564. 2.° Que os casamentos clandestinos eram um facto assás commum, que a lei não condemnava nem castigava, senão na hypothese em que condemna e castiga os casamentos celebrados na fórma do concilio tridentino e á face da igreja. 3.° Que o assento de 1 de julho de 1631, punindo os casamentos clandestinos de menores de 25 annos, nem por isso os invalidava; porque, sendo as duas especies de união conjugal equiparadas para os effeitos da lei, esta invalidaria tambem, n'esse presupposto, os que haviam sido canonicamente celebrados.

Assim, é um acto com força legislativa muito posterior ás Ordenações Philippinas que vem confirmar aquillo mesmo que provam as precedentes considerações. Que o sr. vis-

conde chame ao consorcio a que se refere a ordenação do liv. 4, tit. 46, § 2, *concubinato legalisado*, pouco importa: é uma reminiscencia de romanista. No direito patrio, essa expressão não tem sentido. Entre nós, o concubinato de seculares solteiros, e unicamente d'estes, era tolerado e não legalisado. Sei que a lei, pela sua imperfeição, pela impropriedade e insufficiencia das suas prevenções, dava ASO a que o concubinato viesse disfarçar-se e confundir-se com o casamento civil; tenho-o dicto e repetido. Mas era esse o seu espirito? O seu espirito era manter o principio tradicional do contracto distincto do sacramento, e respeitar costumes inveterados, que, conforme os factos o estavam provando, não se podiam destruir inteiramente. No estudo comparativo da varia legislação portugueza não é difficil distinguir a indole do concubinato tolerado (o dos padres, dos casados e dos cortezãos não o era: os padres, sobretudo, deram grande incommodo aos legisladores) e a d'aquella especie de consorcio civil que resulta da longa cohabitação e da crença publica de que dous individuos são marido e mulher, o que presuppõe um contracto anterior. Esse consorcio equivale á secularisação do casamento clandestino presumido de direito canonico, iniciado pelos esponsaes, e convertido em matrimonio de presente pela cohabitação. Se isto é concubinato, não sei: as decretaes e o concilio de Trento dizem que não. O sr. visconde, cavalleiro novel dos canones em idade madura, lá deslindará isso com a igreja hierarchica ou com a curia romana, que hoje é o mesmo, porque a absorve e representa.

O assento de 1 de julho chama *casar clandestinamente* ao acto de contrahir uma união constitutiva de familia de modo diverso daquelle que ordena a igreja. Nas côrtes de 1641 e na lei de 13 de novembro de 1651, de que depois falarei, denominava-se essa união *matrimonio* clandestino.

Não insistirei, porém, em tal circumstancia: não discutamos palavras. O que importa é o direito e os seus effeitos positivos e practicos. A expressão legislativa fluctuava conforme as tendencias canonistas ou civilistas predominavam na lei, e conforme essas tendencias determinavam a doutrina d'esta. Em ordenações perfeitamente analogas não raro influiam contradictoriamente os dous principios oppostos cuja lucta tentei esboçar. Ás vezes pelejavam dentro da mesma lei. D'ahi a antinomia nos preceitos, e a falta de precisão na phrase. A ordenação do liv. 5 tit. 26 ministra-nos um exemplo curioso da juxta-posição dos dous elementos adversos. Esta ordenação é complementar da antecedente (tit. 25), ordenação draconiana, tirada principalmente da Manuelina e destinada, o legislador não o occulta, a punir tanto o delicto, como o *peccado* de adulterio. Desconhecia-se ainda a maxima, tão concisa e precisamente formulada na lei de 18 de agosto de 1769 de que — *aos tribunaes e ministros seculares não toca o conhecimento dos peccados, mas sim, e tão sómente o dos delictos.* Aquella ordenação, escripta com sangue nos principios do seculo XVI, e aperfeiçoada e suscitada nos fins delle, parece provar que a união conjugal era um pouco rebelde aos influxos moraes da sanctificação religiosa, hoje efficacissima, como todos vemos, e sem a qual, asseveram os entendidos, não póde haver, neste seculo ruim, nem honra, nem virtude domestica.

Tanto n'um como n'outro titulo, as penas são modificadas pela gravidade do peccado. Rege-os ambos o elemento canonico. Um versa sobre o simples adulterio, outro sobre o adulterio intencional nos casamentos putativos. Ahi a palavra *casamento*, ao contrario dos tres monumentos precedentemente citados, tem a restricta significação de consorcio legitimo e celebrado perante a igreja. O consorcio previsto no liv. 4, tit. 46 não é casamento; mas, no caso de adul-

terio, o *marido* é vingado com dez annos de degredo do offensor para Africa e com cinco da mulher para Castro Marim. Aqui o elemento civilista, expulso até então da lei, começa a entrar nella e vai pôr-lhe o sello definitivo da sua influencia. A disposição com que o titulo termina é a seguinte:

« Porém se, *além* da prova sobredicta neste paragrapho « (a de longa cohabitação e fama publica) o *marido*, quando « accusar *sua mulher* ou o *adultero*, mostrar *instrumento* « *publico de contracto de casamento*, assim o *adultero* como « a mulher serão degradados dez annos para o Brazil, para « differentes capitanias, e ella perderá a fazenda para o *ma-* « *rido*, não tendo ella filhos ou outros descendentes que lhe « hajam de succeder. »

Talvez em nenhuma parte das Ordenações a mutua negação dos dous elementos oppostos seja mais flagrante. A doutrina canonica rejeita com desdem o principio do contracto: no matrimonio vê só o sacramento e pune com a morte o peccado que o offende. A doutrina civil vem depois, e sem curar dos canones, provê á manutenção do contracto, mas exclusivamente do contracto. O civilista deixa o canonista enforcar á sua vontade aquelle que foi manchar o thoro conjugal, sanctificado pela religião. Cede á idéa, irresistivel naquella epocha, de que as offensas feitas a Deus devem ser vingadas pelo homem com o sangue do homem. Mas, pela sua parte, na união dos dous sexos sem a intervenção da igreja consagra o principio do contracto civil. A linguagem da lei muda. Aquelle ácerca do qual se dá a presumpção prevista no liv. 4, tit. 46, § 2 não é *casado* (á luz canonica) mas é *marido* (á luz civil). Se á presumpção legal vem a junctar-se a prova decisiva de que essa mulher é *sua mulher*, pela existencia de um *contracto escripto* de casa-

mento, o *adultero* e ella são punidos com uma severidade que, ainda comparada com as penas impostas a grandes crimes n'outros logares do livro 5.º, não deixa de ser gravissima.

Que é o que suscita esta exacerbação de penas com que se castiga o *adulterio*, nos casos previstos pelo liv. 4, tit. 46, § 2, quando a prova da existencia dessa hypothese não consiste só na presumpção legal, mas tambem em um instrumento escripto? É a certeza cumulativa e completa de que o contracto civil se deu e de que se consummou. Onde interveio aqui a religião? E, todavia, que mais se poderia fazer para manter pelo temor a sanctidade dos laços domesticos, n'um paiz onde a união matrimonial fosse um contracto puro e simples como qualquer outro?

Eis de que modo os costumes e usos nacionaes estavam oblitterados, e como as leis que os sanccionavam e mantinham estavam abolidas pelo alvará de 12 de setembro de 1564, insignificante marco milliario na historia da nossa legislação. E que respeito salutar conservava o paiz, menos de um seculo depois, a essa sensata disciplina de Trento com que se quizera, pela publicidade e pelas solemnidades impostas á celebração dos casamentos, evitar os males que resultavam da clandestinidade? Querem saber como era respeitada a disciplina que a profunda sciencia da reacção nos pinta assentada sobre as ruinas de toda a legislação patria repugnante a ella? Como era acatada essa Judith que traz pendente da mão a cabeça do Holophernes do casamento civil? Ouçam os procuradores dos povos nas côrtes de 1641; ouçam, pela boca dos representantes do povo, quaes eram os costumes do reino naquella epocha:

« Que será de grande utilidade da republica passar-se breve porque se *declarem nullos* os matrimonios clandes-

tinos, pois não é bastante remedio *o que dá o concilio tridentino* em os castigar *sem os annullar* [1]. »

Isto de certo não prova que os consorcios previstos no § 2 do liv. 4, tit. 46 se tivessem tornado mais communs do que eram d'antes; mas prova que os casamentos clandestinos se tinham multiplicado. Para que, serviria, pois, abrogar as leis temporaes, que haviam secularisado uma especie delles, e que lhes reconheciam effeitos civis, quando nas outras especies de consorcios era vulgar a clandestinidade? Em breve vamos ver em que consistiam esses casamentos clandestinos, que os procuradores pediam fossem annullados. Mas para os haver, fossem válidos, fossem nullos, era necessario que a disciplina de Trento andasse esquecida. Os que obedeciam aos preceitos do concilio de certo não contrahiam matrimonios que podessem taxar-se de clandestinidade.

A jurisprudencia canonica que interpretou as disposições do concilio sobre este assumpto explica essa affirmativa dos representantes do povo, e vai illuminar a lei de 13 de novembro de 1651, mostrando que a sua indole, o seu intuito e os seus effeitos foram diversos daquelles que o sr. visconde de Seabra lhe attribue no seu opusculo.

O 1.º decreto do concilio ácerca do matrimonio fora mal redigido. O leitor sabe-o, e sabe tambem porque. Qual era o fim desse decreto? Acabar com os males que derivavam dos consorcios feitos a occultas; acabar com a clandestinidade.

Qual é o principal meio de obstar a que se practique um

[1] Cortes de 1641, Est. dos Povos, c. 103.

acto de que hajam de resultar graves males ou inconvenientes, e que depois de practicado se não póssa desfazer, por motivos religiosos, moraes, juridicos ou de outra ordem? É e ha de ser, emquanto houver senso commum entre os homens, fazê-lo preceder da maxima publicidade.

Por isso Innocencio III transportara da praxe de algumas dioceses para a disciplina geral da igreja os proclamas, banhos ou denunciações, como prévias formalidades do contracto nupcial; por isso aquella disciplina oblitterada foi a primeira cousa que, tractando d'este assumpto, os padres de Trento restauraram e revalidaram. Ser o casamento feito perante o proprio parocho era tambem um meio de obstar a uniões por qualquer titulo inconvenientes ou illicitas, mas era um meio secundario. É facil corromper ou forçar um individuo para intervir n'um acto irregular; mas é impossivel impedir que esse mesmo acto chegue á noticia dos interessados em obstar a elle, quando por tres vezes, durante quinze ou vinte dias antes de se realisar, o futuro facto é denunciado no seio de uma assembléa numerosa, cujos membros, além disso, pódem variar.

O decreto do concilio prova que os padres de Trento assim o entendiam, isto é, que tinham senso commum. Não só a primeira condição que elles se lembram de pôr á celebração religiosa do matrimonio é essa, mas tambem reservam para os bispos dispensá-la em circumstancias extraordinarias, emquanto o preceito de contrahir a união perante o proprio parocho tanto póde ser preterida por este como pelo bispo. Tanto o bispo como o parocho pódem encarregar outro sacerdote de intervir na celebração do matrimonio.

O que seria racional, o que constituiria uma verdadeira

reforma seria invalidar todos os casamentos a que faltassem as condições disciplinares. Supposto o systema dos escholasticos, de que o sacerdote não era ministro do sacramento, ainda mais racional isso era. Em tal hypothese, a intervenção do parocho ou de um delegado, ou seu ou do bispo, nada mais significava do que a presença de uma testemunha respeitavel, revestida, até, de auctoridade para impedir o casamento, mas que podia ser corrompida, illudida, violentada para solemnisar com a sua presença um acto illicito. A prévia publicidade era o meio mais efficaz para evitar os males de que o concilio se queixava.

Mas, se, como parece, a intenção dos padres de Trento fora essa, a redacção do decreto, feito e desfeito muitas vezes no meio de uma lucta violenta de opiniões encontradas, deixava patente a entrada aos abusos. Os casamentos que ahi se declaravam irritos e nullos por falta de fórmulas eram unicamente aquelles que não fossem celebrados com intervenção do respectivo parocho, ou de um delegado, seu ou do bispo, e perante duas testemunhas. A falta de obediencia aos outros preceitos disciplinares constituia um acto illicito, peccaminoso, mas não tornava nullo o consorcio. Os canonistas mais modernos, e ainda os mais liberaes, talvez para harmonisarem do modo possivel o preambulo do decreto com esta disposição insufficiente e incompleta, qualificam de clandestinos só os casamentos a que faltam aquelles dous requisitos. Dados elles, falte o que faltar, não ha clandestinidade [1]. Um matrimonio celebrado perante cem ou mil pessoas, por um sacerdote sem delegação ou do parocho de um dos nubentes ou do respectivo prelado, é clandestino, isto é, secreto, occulto. Um matrimonio celebrado sem prece-

[1] Rieger, Institut. P. IV, tit. 3, § 50 et segg. — Van-Espen, Jus Eccles. Univ. P. 2, Sect. 1, tit. 12, c. 5, § 29, nota (*a*).

derem proclamas, n'uma igreja e até n'um aposento, a portas fechadas, mas em presença do parocho de um dos contrahentes e de duas testemunhas, embora ajuramentadas para não dizerem palavra, é não-clandestino, ou por outra, é publico, manifesto, patente, sem a menor sombra de obscuridade.

Os canonistas mais antigos posteriores ao concilio não tinham chegado a esta perfeição de terminologia. Designavam geralmente os casamentos celebrados com desprezo das disposições do mesmo concilio como clandestinos. Quando se guardavam as duas condições essenciaes, omittidas as outras, eram *clandestinos válidos;* quando se omittiam estas duas, embora se guardassem as outras, eram *clandestinos nullos*. Lobão, que tinha na cabeça os *infolios* da maior parte dos canonistas, ainda se serve dessa linguagem [1]. Creio ser agradavel ao sr. visconde de Seabra citando a tal proposito a auctoridade de Lobão.

Postos estes preliminares, é facil entrar no exame da lei de 13 de novembro de 1651.

Advirta-se em primeiro logar que este acto legislativo é a reproducção da lei de D. Manuel de 14 de julho de 1499. Não aquella reproducção, que, segundo a actual hermeneutica, faz da lei nova lei velha, quando entre as duas existe alguma que as contrarie; mas sim a reproducção da idéa. Ha na mais recente as modificações accidentaes que a diversidade dos tempos e das circumstancias exigiam; mas os motivos, os intuitos, a indole e os effeitos de ambas são os mesmos. A lei de D. Manuel tem por objecto coagir o povo pelo temor das penas temporaes a respeitar a disciplina matri-

[1] Notas de Uso Practico. P. 2, tit. 5, § 10, e tit. 8, § 4, n. 3.

monial daquella epocha, acudindo assim aos males que a inobservancia dessa disciplina causava ao estado e á igreja. A lei de D. João IV provê a uma necessidade analoga e applica identicos meios a obter fins identicos, fazendo pelo receio do castigo respeitar a disciplina ecclesiastica moderna. Mas se a lei de D. Manuel não annullava os casamentos clandestinos que punia, como anteriormente mostrei, que motivo ha para attribuir á de D. João IV mais amplos resultados? Quaes são as disposições ou as phrases della que auctorisam tal supposição?

A ordenação do liv. 5 tit. 22, revalidada e interpretada pelo assento de 1 de julho de 1631, castigava severamente os casamentos de menores a que faltasse a permissão paterna, sem distincção de validade ou nullidade canonicas, de clandestinos ou não clandestinos. Se a lei de 13 de novembro, por isso que condemnava e punia a clandestinidade dos consorcios, os annullava, segue-se que o titulo 22 das Ordenações e o assento de 1 de julho annullavam tambem todos os casamentos de menores feitos sem licença paterna, quer a igreja os tivesse por válidos e indissoluveis, quer não; isto é, segue-se uma cousa que seria monstruosa, absurda, impossivel, em relação ás idéas daquelles tempos, ao menos no nosso paiz.

Parece incrivel que se diga que D. João IV, cominando penas severas contra os que na celebração de nupcias desprezassem as formulas prescriptas no concilio tridentino, queria, como á socapa, revogar o § 2 do tit. 46 do 4.º liv. das Ordenações; e não só esse §, mas tambem o tit. 22 e o ultimo membro do tit. 26 do liv. 5. Quem lhe prohibia que derogasse directa e expressamente essa legislação? Não podia ser annullada de outro modo. Fôra elle proprio que, oito annos antes, em 1643, confirmára as Ordenações Phi-

lippinas como codigo do reino, e era n'essas Ordenações que estava consagrado o principio regulador de que não se considerava como revogada nenhuma ordenação que não o fosse por acto expresso do soberano. A intenção secreta que se pretende descobrir na lei repugna áquelle principio. O sr. visconde ha-de explicar-nos, de certo, como se conciliam o valor e effeitos que attribue ao acto legislativo de 1651 com o direito publico d'aquella épocha.

O intuito da lei não póde ser outro senão fazer observar as regras estabelecidas pelo concilio de Trento para a celebração do casamento religioso. O rei quer manter o decreto do concilio pela addição de penas temporaes ás penas canonicas, dando-lhes assim a efficacia que não tinham. Mas o decreto declara nullos, e por tanto extinctos, todos os casamentos não celebrados perante a igreja. A penalidade pela inobservancia d'esta ou d'aquella fórmula ou ceremonia só póde referir-se ao casamento religioso. Que tem com isso o consorcio apenas provado pela longa cohabitação e fama publica do liv. 4 tit. 46, § 2 ou o contrahido unicamente por escriptura seguido de cohabitação que o tit. 26 do liv. 5 reputa civilmente válido? Como se deu n'elles, não digo já uma fórmula ou ceremonia ecclesiastica, mas outra qualquer fórmula ou ceremonia?

O que a lei de 13 de novembro faz é estender a penalidade temporal a todas as quebras da disciplina conciliar. A preterição, por exemplo, das denuncias ou banhos, que no decreto de Trento não tem sancção penal, nem invalida o casamento, será castigada temporalmente. Assim no mais. Quando tem de applicar-se a lei? Di-lo ella propria. Quando o casamento fôr declarado clandestino pelos tribunaes ecclesiasticos. Mas que tinham os tribunaes ecclesiasticos que ver com ess'outras uniões estranhas á igreja e cuja validade

ou nullidade dependia unicamente de n'ellas se darem ou não darem os requisitos exigidos pelas Ordenações do reino?

O unico fim da lei de 13 de novembro parece ter sido obstar á clandestinidade nos casamentos canonicamente válidos. Concebe-se facilmente como quaesquer contrahentes que temessem obstaculos á sua união recorressem a todos os meios imaginaveis para contrahirem clandestinamente um matrimonio válido. O que se não concebe é que buscassem celebrar a occultas um casamento nullo, que lhes sería invalidado infallivelmente nos tribunaes ecclesiasticos, se qualquer pessoa, que n'isso tivesse interesse, alli os denunciasse, quando as justiças da igreja não procedessem *ex-officio*. Em rigor, depois do concilio de Trento, não podia haver casamentos clandestinos senão válidos. A linguagem dos antigos canonistas, sem ser tão absurda como a dos modernos, nem por isso deixava de ser profundamente inexacta. Á luz dos canones, dizer casamento clandestino nullo equivalia a dizer casamento que não existe, casamento que não é casamento. As uniões occultas sem as condições impreteriveis que o concilio pozéra aos matrimonios válidos, feitas entre ascendentes e descendentes eram incestos; eram-no entre collateraes quando não precediam as dispensas da igreja. As de individuos ligados a terceiros por anterior matrimonio eram adulterios. Quem por força arrastava qualquer mulher a celebrar com elle um vão symulachro de casamento era um forçador. Quem por affagos e promessas mentidas levava a filha familias a contrahir um supposto matrimonio era um raptador. Assim por diante. Eram comedias que a lei penal convertia em tragedias. Contra taes crimes as Ordenações do liv. 5 tit. 14 a 19 cominam penas incomparavelmente mais severas do que a lei de 13 de novembro de 1651. Se havia, porém, algum pseudo-casamento feito de boa fé e sem envolver crimes d'esses, fôra

barbaro accrescentar á annullação decretada pela igreja a severidade temporal.

Contra o que a sociedade estava desarmada era contra a clandestinidade válida, sobretudo contra a suppressão da publicidade anterior ao casamento sem dispensa do prelado, o que não invalidava o matrimonio, e dava aso a abusos que tinham consequencias damnosas e irremediaveis. Era isto que a lei de 13 de novembro devia e podia atalhar. Vejamos se n'ella mesma achamos prova directa da verdade das precedentes ponderações.

No preambulo, o legislador adverte que promulga aquelle acto legislativo em attenção ás representações que lhe foram feitas nas côrtes de 1641.

Que pediam os procuradores dos povos n'essas côrtes? Que se obtivesse de Roma a annullação dos casamentos clandestinos, visto que o concilio tridentino os castigava *sem os annullar*, o que não obviava aos males que d'elles provinham.

Não pretendo impossiveis. Não digo que os representantes do paiz não podessem propôr, ou affirmar, ou resolver disparates. Eram cousas de seu officio. Mas ignorarem que o concilio de Trento tinha ferido de nullidade os casamentos clandestinos, até então válidos, em que se não déssem as duas condições impreteriveis, da intervenção do parocho e da presença de duas testemunhas, fôra um facto que, em materia de ignorancia, excederia a capacidade juridica de qualquer parlamento. A que, pois, se referiam elles? Usando da linguagem canonica do seu tempo, referiam-se forçosa e exclusivamente aos clandestinos válidos. Eram estes os unicos que o concilio não tinha annullado.

E quando o rei diz que legisla em attenção ás representações das côrtes de 1641, que outros casamentos (*casamentos* diz a lei: repare-se bem) devemos crêr tinha em mira, senão os mesmos de que essas representações exclusivamente tractavam?

Uma especie dos matrimonios que n'aquelles tempos se designavam como clandestinos válidos subsiste ainda nos costumes das nossas provincias do norte. Ás vezes, a horas de missa, dous individuos de differente sexo, acompanhados de duas testemunhas, apparecem na igreja, e no momento em que o parocho se volta para o povo, ou para o abençoar, ou para descer de juncto do altar, aproximam-se d'elle e declaram em voz alta que se recebem por marido e mulher. Segundo a letra do decreto conciliar e conforme os canonistas, ficam válidamente casados. A boa theologia é que d'isso poderia duvidar.

Quantos outros expedientes não occorreriam para evitar a prévia publicidade? Quantos não mencionam os canonistas, que, porventura, se teriam excogitado no seu tempo? Era a isto que podia obviar a lei temporal.

E obviou de feito? Como já disse, para se proceder criminalmente contra os infractores da disciplina matrimonial era necessario que houvesse uma sentença de clandestinidade proferida no juizo ecclesiastico. Esta circumstancia inutilisou as severas providencias de D. João IV. O juizo ecclesiastico recusou sempre os traslados authenticos das sentenças sobre tal assumpto que podessem servir de base ao processo crime. O acto legislativo destinado a manter a disciplina da igreja annullou-se assim pelas resistencias da igreja. Essa lei que trucidara cadaveres; que, segundo nos asseveram, matara de novo o direito publico e privado do

reino, já morto pelo alvará de 12 de setembro de 1564, era atirada tambem como cousa morta para o cadoz das leis obsoletas pelo desdem, pelo ciume, ou pelos escrupulos dos tribunaes ecclesiasticos.

Quem conta o facto não sou eu: é uma auctoridade que o sr. visconde de Seabra não recusará. É o dr. Manuel d'Almeida e Sousa, advogado dos bernardos [1]. Podemos fazer livros sem grammatica e ruins, e ser homens de verdade. Lobão tinha longa practica do foro, e conhecera de certo na sua mocidade advogados velhos que tambem a tinham tido. É uma questão de facto, e como praxista, Lobão devia saber bem quaes eram as antigas praxes.

Dei as razões leigas porque suppuz e supponho que o § 2 do tit. 46 do liv. 4 das Ordenações do reino, é lei não revogada. A jurisprudencia encarregar-se-ha de provar o contrario. Que ha ahi que a jurisprudencia não próve? N'esse terreno, que me é vedado, defender-se-hão, se podérem, os jurisconsultos que, do opusculo do sr. visconde, concluo terem caído na mesma heresia do leigo.

Mas se eu tivesse razão? Mas, se estivessem em vigor as Ordenações do liv. 4, tit. 46, § 2, e do liv. 5, tit. 26 *in fine*, não seria preferivel, cem vezes preferivel, a similhante estado legal a doutrina sobre o assumpto que, no projecto do novo codigo civil, o governo propoz; isto é, não propoz; quero dizer, propoz e não propoz á camara dos deputados?

Resolvam.

[1] Notas de Uso Practico, P. 2, tit. 5, § 10 n. 2.

Erratas e omissões

QUE OCCORRERAM NA REVISÃO DAS TRES SÉRIES DESTES «ESTUDOS»

Pag.	*Lin.*	*Erros*	*Emendas*
14	not. 1	*De Nuptûs*	*De Nuptiis*
17	not. 1	L 3 tit. 5.	L. 3, tit. 4.
17	not. 2	L. 3 tit. 5, l. 18	L. 3, tit. 4, l. 18
20	27	conttrahir	contrahir
23	18	elucidario	Elucidario
27	not. 2	Tom. 4 p. 447	Tom. 4 p. 446, 447.
48	1	orgulho só	orgulhoso
54	not.	Se il	[1] Se il
55	not.	Ibid.	[1] Ibid.
58	not.	Ibid.	[3] Ibid.
65	not.	Ibid.	[2] Ibid.
71	20	individuses	individuaes
77	not. ult. lin.	P lacet	Placet
85	not.	(Dilinga e 1695)	(Dilingae 1695)
109	30	existiam,	existiam
110	15	da legislação	da sciencia de legislação
118	9	appliação	applicação
122	not. 2	paragraphoveja-se	paragrapho veja-se
133	13	procedente	precedente
135	not.	Monemus et obtestamur	Monemus et... obtestamur
138	not. 2	130, etc.	131, etc.

7,000

17

17

171

19

361

3610

475

3135

17

16

104

19

25

16

17

1

E. VII
P. 1

PREÇO 200 RÉIS

YC175956